
3 1761 04126 3492


CHIVERS
PATENT
BINDING


CHIVERS
PATENT
BINDING

June 17. 1914

ESTUDIOS

EDITADOS POR LA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DE LA

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Art. 1°. — La Facultad publicará, cada vez que sea posible, trabajos sobre derecho y ciencias sociales, á saber:

a) Los de sus Académicos, Consejeros y Profesores;

b) Aquellos cuyo tema determine, cualquiera que sea su autor;

c) Las tesis de mérito notorio, cuando dos tercios de votos del Consejo Directivo, así lo resuelvan;

d) Los que el Consejo Directivo por decisión especial resuelva publicar.

Art. 2°. — Estos trabajos serán numerados progresivamente y constituirán, cada uno, un volumen de la colección, a menos que sea posible formar un volumen con dos ó más.

Art. 3°. — La colección tendrá el título de «Estudios editados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires».

Art. 4°. — De cada trabajo se imprimirá mil ejemplares, entregándose cien á cada autor. Los demás serán distribuídos entre los institutos de derecho, bibliotecas públicas y personas dedicadas a estudios jurídicos y sociales.

Art. 5°. — Si, por su naturaleza, alguna obra debiera tener especial circulación, podrá editarse mayor número de ejemplares, vendiéndose los que se creyere conveniente.

Art. 6°. — Todo lo referente a esta publicación estará a cargo de una Comisión compuesta por tres Consejeros, designada en la forma y épocas reglamentarias.

(Ordenanza de octubre 11 de 1911.)

COMISIÓN DIRECTIVA

Doctores Antonio Dellepiane, Carlos Ibarguren, Adolfo F. Orma.

ESTUDIOS EDITADOS POR LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

I

HISTORIA
DEL
DERECHO ARGENTINO

POR EL

Dr C. O. BUNGE
Fiscal de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal
y Correccional de la Capital, Consejero y Profesor de la Facultad
de Filosofía y Letras y Profesor de la Facultad de Derecho
y Ciencias Sociales en la Universidad de Buenos Aires y Profesor
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
en la Universidad de la Plata

TOMO I

BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CALLE MORENO, 350

1912

Imprenta Coni Hermanos, Perú 684

HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

INTRODUCCIÓN GENERAL

LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

> ¿Es posible concebir el presente de un organismo cualquiera de otro modo que en relación con su pasado, esto es, sin un método genético?
>
> (SAVIGNY.)

I. Carácter nacional y local del derecho. — II. Existencia del derecho argentino. — III. Historia externa e historia interna del derecho. — IV. Historicismo y evolucionismo. — V. Antecedentes bibliográficos argentinos. — VI. Objeto de este tratado. — VII. Método de este tratado. — VIII. División de la materia.

I

CARÁCTER NACIONAL Y LOCAL DEL DERECHO

La cultura de cada pueblo es producto de su experiencia. Tal experiencia existe, no sólo en cuanto el pueblo instituya de propio y original, sino también en cuanto tome e imite de otras civilizaciones. En esto último se realiza un proceso de adaptación de las costumbres e invenciones extrañas, que a su vez implica, para el pueblo que las adopte, toda una experiencia de vida nacional y orgánica.

Evidentemente, el pueblo argentino no ha inventado su sis-

tema de gobierno representativo, republicano, federal. Lo ha adquirido en buena parte del filosofismo del siglo XVIII, de la Revolución francesa y de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América. Pero, luego de implantado hasta cierto punto por imitación, le ha impuesto su sello, sus caracteres, sus singularidades, en un proceso, más que imitativo, de verdadera experiencia histórica. Por lo demás, aun el filosofismo del siglo XVIII no improvisó esos conceptos políticos, pues que él a su vez los tomó de otros antecedentes, entre los cuales merecen citarse la ciencia política y las instituciones clásicas de Grecia y Roma, los municipios de la edad media y el sistema parlamentario de Inglaterra. Puede decirse que, en materia cultural y especialmente institucional, nada se crea y todo se transforma ; todo es resultado de una suerte de adaptación y experimentación social. Para conocer así el sistema jurídico de un pueblo hay que observarlo a través de la historia de su derecho, percatándose de la obra interna del pueblo, en lo que él mismo produjera y también en lo que adoptara e imitase.

Se presentan, sí, en la evolución del derecho, ciertos cambios bruscos, ciertos aparentes saltos de la historia. Hanse transformado casi repentinamente algunas instituciones, ya por iniciativa del pueblo, como cuando la Revolución francesa substituyó el régimen monárquico por el democrático, ya por una iniciativa del mismo gobierno, como cuando Augusto dictó las leyes *Julia* y *Papia Poppaea*. Pero, si se estudian a fondo y en detalle esas innovaciones, fácilmente se advierte que han sido preparadas por las circunstancias. Han madurado y se han venido precipitando poco a poco, por la fatalidad del determinismo histórico. Tienen sus causas económicas, políticas, sociales ; responden a verda-

deras necesidades. Nunca, sin hondos motivos y razones, triunfó establemente una revolución o golpe de Estado.

En la edad antigua cada pueblo poseía un derecho original, exclusivo, diferente a los de otros pueblos. El aislamiento era marcado y general, el extranjero era un enemigo. En los siglos medios, hasta la Revolución francesa, aunque el Cristianismo una y conexione moralmente a las naciones, persiste algo del aislamiento antiguo. Sólo a partir del siglo XIX se hacen más íntimas y constantes las relaciones de unos pueblos con otros. Contribuyen a ello, en primer término y con mayor eficacia, los modernos adelantos de la técnica. Las máquinas, el ferrocarril, los buques a vapor, el telégrafo, todo cambia las relaciones internacionales, a punto de que impere en las civilizadas naciones contemporáneas una cierta semejanza de ideas e instituciones, principalmente en el derecho privado. Esto se ve claramente al estudiar la legislación comparada. En sus fundamentos coinciden siempre los códigos actuales respecto a la organización de la familia, la autoridad del padre y el marido, la existencia de los derechos patrimoniales con independencia de los vínculos de la familia y en relación a ellos. Todos los códigos penales castigan hoy más o menos los mismos delitos y con penas análogas. Todas las legislaciones protegen la propiedad y propenden a facilitar y regularizar el comercio y las industrias. Las diferencias entre unas y otras son más bien accesorias o de detalle. Así, tales establecen el divorcio absoluto y cuales el relativo, rompiendo o no por completo el vínculo conyugal. Mas no existe ninguna, en la civilización europea y americana, que reconozca la poligamia y niegue a la mujer toda capacidad jurídica.

Aun en el derecho público priman ciertas ideas que pueden con-

siderarse universalmente conquistadas por la civilización contemporánea. Verdad que persiste la distinción fundamental entre monarquías y repúblicas. Sin embargo, en esa misma distinción máxima las diferencias resultan más de forma que de fondo, pues que en las monarquías se garantiza al pueblo su representación en el poder legislativo, o sea una relativa democracia. Por otra parte, en las repúblicas mismas el gobierno está generalmente en manos de una clase social, la burguesía, que constituye una verdadera aristocracia, por sus ideas e intereses tradicionalistas y conservadores. Diríase que el mundo propende ahora a la uniformidad institucional, si no pugnaran con esa tendencia el sentimiento patriótico y las circunstancias geográficas de cada nacionalidad.

¿Ha de seguirse de todo ello que las naciones carezcan de un derecho local, nacional, más o menos típico? Plantear la cuestión es resolverla. Por muy generales que sean las semejanzas del derecho francés y el alemán, por ejemplo, persisten desemejanzas bastantes para que se individualicen uno y otro derecho. Habrá que estudiarlos por separado, nacionalmente. En tal caso, el análisis y cotejo que se verifique en el estudio de la legislación comparada, lejos de quitarles o desconocerles a cada cual su carácter nacional, servirá para comprenderlo mejor con el conocimiento de sus diferencias.

II

EXISTENCIA DEL DERECHO ARGENTINO

El pueblo argentino no ha producido instituciones políticas y jurídicas originales, ni antes ni después de la independencia. En

la época colonial sólo existió en el país el derecho español. En la época contemporánea se copiaron del extranjero las instituciones de derecho público y privado. De ahí que, ante el objeto de esta obra, estudiar la historia del derecho argentino, surja una objeción fundamental: ¿Existe realmente un derecho argentino?...

Si entendiéramos por tal un derecho privativo y exclusivo del pueblo argentino, creado sólo por él y para él, grandemente nos equivocaríamos. Pero, ¿quiere ello decir que carezca este pueblo de toda historia en materia jurídica? ¿Hubo por ventura pueblo alguno que no la tuviera? ¿Es acaso posible la existencia de una sociedad sin sus correspondientes instituciones políticas y jurídicas?... Allí donde hay cultura, hay derecho; allí donde hay derecho, ha de transformarse él con la vida del pueblo, es decir, ¡hay historia del derecho!

Así como el derecho argentino carece hasta ahora de mayor originalidad, de ella carece toda la cultura argentina. ¡Más copiamos que creamos! Pero esa falta de originalidad no excluye la existencia de una historia del derecho nacional... Si se la negase, lo mismo podría negarse toda la historia argentina, puesto que esa como relativa impersonalidad cultural sería también aplicable a las demás actividades de nuestra vida histórica.

Sea lo que fuere, no puede desconocerse a nuestra moderna nacionalidad un espíritu vigoroso. No habremos tenido tiempo para definirnos mejor. Todavía no parece llegado el momento de una más adelantada y progresiva especialización de la inteligencia argentina; apenas vamos asimilando la universal cultura que nos hemos afanado en adoptar... Y, sin embargo, todo nos hace prever que nuestra nacionalidad está destinada a producir una cultura propia, de la cual sus juveniles esfuerzos de imitación han sido

como síntomas y prolegómenos de un porvenir brillante. Con el progreso se han de presentar ya problemas de derecho marcadamente nacional, que no podrán resolverse siempre con leyes redactadas según pautas y modelos extranjeros. Para que cuanto antes sean un hecho esos adelantos de nuestra civilización, necesario es un conocimiento exacto y razonado de nuestro derecho histórico, quier mucho que tenga de imitado y cosmopolita.

Nada se produce de sólido y estable con corazonadas e improvisaciones. Todo exige una lenta y paciente elaboración, ¡ y ante todo el derecho ! Tal es la lección de la historia. Bien descaminados iríamos si creyéramos que, para mejorar la aplicación de las antiguas leyes y dictar informada y prudentemente nuevas, fuera ocioso consultar la historia de nuestro derecho. Verdad es ésta tan conocida y perogrullesca, que holgara el formularla si no abundasen tinterillos y leguleyos que, en sus mariscalendas de café o de periódico, ¡ y aun de parlamento ! olímpicamente menosprecian la experiencia del pasado. Sostienen ahí la superfluidad de los conocimientos históricos, porque creen que el derecho ha de ser espontánea, inconsulta creación de la inteligencia humana. Es el sofisma esencial del menguado filosofismo del siglo XVIII : despreciemos cuanto haya de más sincero y provechoso en la experiencia del pasado, suponiendo a las instituciones, no producto de la historia, sino de la razón [1]. Es la eterna Revolución francesa, que tantos trastornos y decadencias viene produciendo en los pueblos latinos de nuestros tiempos.

Para obviar esas decadencias y trastornos es el momento de que

1. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Freiburg, 1892, pág. 3.

dejemos de mano las venerables reliquias de Montesquieu y Rousseau, de Kant y Hegel, asimilándonos mejor las teorías más científicas de Darwin y Comte, de Savigny y Ihering, de Saleilles y Windscheid. ¡ Opongamos por fin a la orgullosa diosa Razón la modesta obrera Ciencia ! Debemos de una vez relegar al pasado los absolutos de la escuela filosófica, para entregarnos de lleno a los relativos de la escuela histórica y de la información biológica y económica. Dejemos el *futurismo* para los ilusos y decadentes ; entremos con cuerpo y alma en el *actualismo* de los positivistas y prácticos. Va en ello la grandeza de nuestra cultura y la mayor felicidad de la mayoría, o más bien de los mejores.

En teoría, ya todos nuestros juristas respetables se declaran más o menos partidarios de la concepción positiva del derecho. Profesan las nociones fundamentales de la escuela histórica. Cada vez más alejados de Merlin, Demolombe, Marcadé, Aubry y Rau, se acercan metodológicamente a Hugo, Savigny, Puchta, Ihering, Tarde, Saleilles, Windscheid, si no a Marx, Loria, Labriola, o bien a D'Aguanno, Ferri, Liszt. Cuando quieren hacer filosofía del derecho infórmanse en la historia, en la economía, en la biología, genéricamente en las ciencias. Conciben el derecho como una especie de ciencia experimental.

Pero otra cosa sucede en la práctica y realización del derecho, ya al elaborar las leyes, ya al interpretarlas y aplicarlas. Entonces se dejan un tanto de lado los conceptos científicos de la cátedra y el libro, y se procede más o menos como los autores del Código de Napoleón y sus comentaristas. Se acude preferentemente a la razón para confeccionar la ley, y se la interpreta por su propio texto. Hay, pues, cierta incongruencia entre la idea positiva del derecho y su aplicación hasta ahora fatalmente filosofista. Para

salvar esa falta de lógica hácese indispensable el estudio sistemático y concienzudo de la historia del derecho nacional. Llegaremos así a cohonestar las imperfectas realidades de la actualidad con las bellas teorías de la moderna ciencia jurídica. ¿No es y fué siempre la función de la ciencia proporcionarnos normas de técnica y conducta?... Una vez aceptado este axioma, aquí no se trata más que de darle mejor efectividad.

III

HISTORIA EXTERNA E HISTORIA INTERNA DEL DERECHO

La historia del derecho se divide ante todo, por su método y contenido, en dos maneras: *externa* e *interna*. Ocúpase preferentemente la externa del origen político de las normas jurídicas, mejor dicho, de las distintas leyes y códigos. Nos da la época en que fueron dictados, sus motivos inmediatos, sus autores, el poder que les otorgara fuerza y ejecución. Sin detenerse en interpretar su texto, estudia cada cuerpo de legislación como en bloque. Hace poca filosofía, menos metodología jurídica y ninguna hermenéutica; en su más típica forma es casi una mera nomenclatura histórica. No presenta substantivamente las instituciones, estudiando su transformación a través de las costumbres y las leyes; más bien toma como individualizados cada ley ó código. Así, cuando se hace historia externa del derecho español, no se trata el matrimonio en libro aparte; no se analiza su evolución a través de la legislación romana, la visigótica, la foral, las Partidas y compilaciones posteriores. En cambio, se estudian separadamente cada una de esas legislaciones y códigos, considerándolos en su conjunto, sin referirse á una determinada institución jurídica.

Tanto se ha legislado, y sobre todo codificado en los tiempos modernos, que la costumbre carece de aplicación positiva. Aun la jurisprudencia de los tribunales proporciona sólo datos para la interpretación de la ley vigente y la confección de la futura. Igualmente, la doctrina científica, expuesta en tratados y cursos académicos, no tiene mayor eficacia mientras que la ley no la adopte. Á partir del siglo XIX puede decirse que la historia externa del derecho se circunscribe en la historia externa de los códigos.

La historia interna, dando por sabida la externa, trata de las transformaciones de las instituciones jurídicas. Constituye una especialización más técnica. Cualquier historiógrafo puede hacer historia externa del derecho; la interna exige ya los conocimientos especialistas del verdadero jurisconsulto. Propiamente, en la interpretación científica de la ley se hace siempre su parte de historia interna, así como de legislación comparada. La historia externa será entonces una especie de prólogo que ha de ponerse oportunamente al estudio de la interpretación de un código cualquiera, para que se conozca su origen y confección. Considerando el asunto en su natural amplitud, historia interna del derecho es aquélla que lo estudia a fondo, en cualquiera de sus ramas, asignaturas y tratados. Sólo la historia externa, como más reducida y circunscripta, puede sintetizarse toda en un tratado, asignatura o rama. En tal caso, su conocimiento previo es indispensable, porque proporciona los datos cronológicos y políticos que vienen a servir de puntos de apoyo al estudio de la historia interna. Es algo como su armazón de piedra ó hierro.

El prurito de construir una historia puramente externa del derecho se aviene mal con el moderno concepto científico del

fenómeno jurídico. Esa historia, sobriamente escrita, no lo sería en todo caso más que de la legislación. ¿Podría constituir entonces una verdadera historia del derecho? Indudablemente no, pues que descuidaría el elemento consuetudinario, y sin dar una idea siquiera genérica del contenido de las leyes; sería apenas una especie de índice legal, cronológico y explicativo. Para comprenderlo y profundizarlo por fuerza habría que referirse á otras obras que tratan de la historia interna, es decir, de la evolución de las instituciones y de los cambios introducidos por las costumbres jurídicas. Así, Krüger, en su clásico manual [1], no obstante su propósito de escribir una historia externa del derecho romano y su admirable sobriedad, a cada paso necesita acudir a las instituciones, es decir, a la historia interna, para explicar las fuentes [2]. Generalmente los historiógrafos, al hablar de ese elemento de historia interna indispensable para una clara exposición de la externa, se refieren a las instituciones legislativas, esto es, a la producción y origen de la ley. Nosotros entendemos algo más. No se trata sólo del mecanismo institucional que produce la ley, puesto que él no existe en el derecho puramente consuetudinario. Hay que referirse, antes que a las instituciones políticas, al mismo *contenido* del derecho, que fundamentalmente, o en su mayor parte, se origina en instituciones relativas á la vida privada.

Si se quiere construir mera historia externa del derecho, menester será rechazar o considerar muy accesoria y ligeramente el elemento consuetudinario. Esto, donde existe legislación. Pero,

1. P. Krüger, *Historia, fuentes y literatura del derecho romano,* trad. esp., Madrid.

2. R. Altamira, *Historia del derecho español,* Madrid, 1903, pág. 42.

¿qué se hará donde ella no existe? Entonces el historiador tiene que entrar ineludiblemente, al tratar de historia del derecho consuetudinario, en la historia interna. No puede hacerse propiamente historia externa de las costumbres. Importaría ello un flagrante contrasentido; las costumbres, por definición, no tienen historia externa. De ahí deriva la forzosa contradicción en que incurren algunos excelentes autores modernos: hacen historia interna de los tiempos primitivos cuando tratan el derecho consuetudinario prelegal, pues que de otro modo no podrían tratarlo, y, en cambio, hacen sólo historia externa cuando se ocupan del derecho ya legal. El más científico de los modernos historiadores del derecho español, Hinojosa, para citar un ejemplo gráfico, en su *Historia general del derecho español* [1], dedica un extenso parágrafo a la *Cultura e instituciones de los germanos* [2]; ahí hace cuidadosamente historia interna, pues que expone un derecho no legislado. Mas, a la *Lex Wisigothorum* o *Liber Judiciorum* le consagra apenas unas líneas, aunque conceptuosísimas, en el parágrafo titulado *Las compilaciones de Chindasvinto, Recesvinto, Ervigio y Egica* [3]. Punto menos que nada nos dice sobre el contenido de esas leyes; ahí, como se trata de un derecho legislado, sin hacer ni por asomo historia interna, ocúpase exclusivamente de la externa. ¿No acusa ello una cierta incongruencia a cuya justificación no bastan las circunstancias de ser este último derecho, el legislado, más fácil de consultar en sus fuentes y más difícil de exponer de una manera sintética y sumaria, por cuanto es más

1. Tomo I, Madrid, 1887.

2. § 76, págs. 331-341.

3. § 81, págs. 362-355.

complejo y vasto?... Según nuestra doctrina, habría que exponer el contenido del derecho visigótico legislado más o menos con la misma extensión que el del germánico no legislado. Cierto que ello pudiera dar proporciones inusitadas, de verdadera enciclopedia, a cualquier tratado de historia del derecho; es esto un peligro posible. Pero bien puede obviarse dedicando a la historia interna, al contenido de las leyes, la mínima parte indispensable. Habrá que compendiarla en sus líneas generales, presentando sus instituciones en conjunto, eximiéndose de entrar en detalles técnicos que se dejan para los estudios de historia puramente interna. El autor de historia interna del derecho debe entonces aplicarse poderosamente a no falsear o presentar de manera incompleta la verdad, llevado por la precisión de ser esquemático y sintético en la parte que por fuerza se ocupe de la interna, vale decir, del contenido del derecho.

Concluimos así que, en virtud de la moderna concepción científica, la historia del derecho ha de ser siempre externo-interna. Según el plan y objeto de cada obra, podrá predominar en ella, ora una, ora otra de esas fases; el error estribaría en la pretensión de prescindir en absoluto de cualquiera de ambas. Aun la historia llamada externa, de un modo general, no siendo ogaño como antaño descarnada historia de la legislación, será externo-interna, claro que dando mayor espacio y predominio a la primera de esas dos fases. La parte de historia interna del derecho se reduce, pues: 1° a la historia de las costumbres, que siempre es más o menos interna; 2° a la de las instituciones de donde proviene la ley; 3° al contenido mismo del derecho, considerado en su conjunto legal y consuetudinario, y hasta agregando la parte de pura doctrina, las obras de los jurisconsultos. Tal es nuestra

teoría del presente tratado de historia externa e interna del derecho argentino.

Bajo la influencia de esos conceptos generales y científicos, salta a la vista que caben síntesis más o menos precisas del contenido de las costumbres y legislaciones que historiemos. Más aun; caben asimismo párrafos sobre el estado social, la cultura, las ideas, la técnica, la ciencia en cada época y lugar. Hasta pueden bien intercalarse breves semblanzas de los más señalados legisladores y jurisconsultos. Quitará ello a la obra la desnuda concisión que se acostumbra en las del género, haciéndola parecer a primera vista quizá redundante en digresiones más o menos oportunas. El defecto no será muy grave si tales pasajes armonizan en su arquitectura general, sirven para su mejor entendimiento y la hacen menos trillada y cansadora. Habrá, además, que colmar lagunas posibles y aun fatales en la escasa preparación histórica de la mayor parte de los lectores, estudiosos ó estudiantes. Fruto esta obra de largos años de enseñanza en las universidades de Buenos Aires y La Plata, bien sabe el autor a qué atenerse al respecto.

Por otra parte, el autor no es muy entusiasta partidario de una rigurosa sobriedad técnica, ni en los manuales de consulta, ni en los textos *ad usum scholarum*. Sobre todo para lectores meridionales y latinos, vivaces e imaginativos de suyo, resultan poco atrayentes y eficaces los tratados que se limitan a una escueta y lacónica exposición de hechos y principios. Las expansiones y los explayamientos descriptivos o subjetivos tienen un necesario encanto y aumentan el provecho de la lectura. No sienta siempre mal a los libros de historia ese ordenado desorden en que tanto abundan los autores de sangre española. Quererlos amoldar

a las formas demasiado sistemáticas de los modernos autores alemanes, por ejemplo, sería quitarles parte de su casticidad, y por consiguiente de su fuerza. La fuerza de las obras de la inteligencia humana finca ante todo en la originalidad, y la originalidad en la sinceridad. Seamos como somos, cultivando nuestro propio carácter y no imitando el ajeno. Un pueblo es grande cuando sabe hacer méritos de sus defectos.

IV

HISTORICISMO Y EVOLUCIONISMO

A principios del siglo XIX la escuela filosófica, hija genuina del filosofismo siglo XVIII y consecuente con los principios del racionalismo y la Revolución francesa, menospreció los conocimientos histórico-jurídicos. Los hizo de lado, como si fueran incómodo lastre, desastrada rémora. Los comentadores del Código Napoleónico, con su sistema de *interpretación dogmática,* considerando un « dogma » el texto legal, identificaban y reducían todo el derecho a la ley, e interpretaban la ley por la ley misma. La reacción de la escuela histórica inicia las disciplinas de la historia del derecho, incluyendo en él la costumbre, el *enfant gâté* de esa escuela. Tales disciplinas históricas se especializaron en el derecho romano.

Estudiándolo en su aplicación actual, Savigny da la pauta a sus discípulos. Ese sistema de interpretación era suficiente, a principios del siglo XIX, en los países donde no existían códigos modernos, donde todavía se aplicaba el derecho romano. Pero, después de que aquellos códigos existieran y de que éste no se aplicara, había forzosamente que ampliar el concepto de la historia del

derecho. ¡ So pena de descuidar los capítulos más interesantes de la jurisprudencia vigente, ha de hacerse también interna y externamente la historia del derecho moderno !

Los estudios del antiguo derecho romano llevados a cabo gloriosamente por Savigny, Ihering, Mommsen, así como los del antiguo derecho de otros pueblos tratados por Sumner Maine, son típicos de la escuela histórica. Se caracterizan por su método de investigación esencialmente filológico ; reconstruyen las instituciones según los monumentos de la respectiva lengua, y no sólo jurídicos, si que también literarios. Claro que esos estudios lo son, principalmente, de historia interna del derecho.

Al procedimiento filológico de hacer historia del derecho antiguo propio de la escuela histórica, ha venido a sumarse en nuestros tiempos un nuevo procedimiento, que podría llamarse sociológico. Me refiero a los estudios de la *evolución* más que de la historia del derecho. El concepto de esta nueva escuela evolucionista, que arranca de la doctrina biológica de la descendencia, magistralmente fundada por Darwin, ha sido también aplicado á las ciencias sociales por Herbert Spencer, dando origen a una copiosa literatura. Se consideran universalmente las instituciones jurídicas, y trátase de explicar su origen prehistórico con la observación de los actuales pueblos salvajes. Podrían citarse como obras típicas del género los *Principles of Sociology,* por Spencer [1] ; *La genesi è evoluzione del diritto civile,* por D'Aguanno [2] ; *L'évolution juridique,* por Letourneau [3].

1. Oxford, 1897.

2. Turín 1890.

3. París, 1891.

Los estudios de esta escuela sociológica, que estuvieron muy en boga a fines del siglo XIX, han prestado sin duda singulares servicios a la moderna ciencia positiva. Añaden la observación antropológica y económica a la historia, completando así la teoría acerca de la naturaleza y el origen del derecho. Recordemos que la escuela histórica no había resuelto verdaderamente este problema [1]. Enseñaba empíricamente que el derecho provenía de la costumbre. Pero la costumbre, a su vez, ¿de dónde provenía?... Ahí, las respuestas de los historicistas eran vagas y obscuras, porque desconocían la información biológica y económica. Su preparación resultaba preponderante y hasta exclusivamente filológica.

En nuestros días la incógnita está más o menos despejada, gracias a los trabajos científicos de los «evolucionistas». Los datos aportados por las ciencias naturales, y por el estudio de los actuales salvajes, han arrojado vivísima luz en los espíritus. Mas no puede ocultarse que el método o procedimiento sociológico deja mucho que desear desde el punto de vista de la precisión científica. Los libros de esos «evolucionistas» adolecen de su pecado de origen: el prejuicio de la evolución, ese postulado fatal, ese lecho de Procusto donde se tiende a todas las instituciones. Aunque creamos en él, parécenos imposible poder reconstituir la evolución de cualquier fenómeno social, grado por grado, con la facilidad de Spencer o Letourneau. Las cosas son en la realidad más complejas.

1. Así lo reconoce el eminente historicista Otto Gierke, concediendo que «la escuela histórica no ha intentado resolver las cuestiones últimas de la filosofía del derecho». GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, 1883, pág. 5. Lo recuerda y cita R. STAMMLER, *Ueber die Methode der Geschichtliche Rechtstheorie*, en la *Festgabe zu Bernard Windscheids*, Halle, 1889, pág. 11.

La primordial deficiencia del evolucionismo, tal cual se le considera generalmente hasta ahora, consiste en su concepción uniforme de la historia. Supónese que todos los pueblos han evolucionado por fuerza de idéntica manera, siendo iguales sus instituciones y costumbres en los mismos estadios de su evolución. No nos parece aceptable tal postulado. Lejos de notar uniformidad en la evolución de los pueblos, hallamos sólo analogía. La analogía será tanto mayor cuanto más rudimentaria sea la cultura. Conforme ésta avanza y se complica, va perdiéndose aquélla más y más, hasta llegar al siglo XIX, donde las modernas relaciones internacionales propenden á uniformar de nuevo las instituciones de la civilización universal. Podría compararse el desarrollo de la cultura de los pueblos con un abanico. Á partir de su vértice y eje común, el salvajismo primitivo, las varillas se van abriendo y distanciando; los tiempos contemporáneos estarían representados por el « país » del abanico, la tela en donde se unen otra vez todas las varillas.

No obstante esta tendencia más historicista que exageradamente evolucionista, cúmplenos reconocer que, sobre todo en el libro I, llegamos á ciertas conclusiones que concuerdan con las líneas generales del materialismo histórico, o más bién economismo histórico. Coinciden con las observaciones de Morgan, y aun con los fundamentos de la teoría de Marx sobre la historia. Veremos cómo el instrumento de producción, la técnica, determina, ó al menos influye poderosamente en las instituciones del derecho privado y público, en la organización de la propiedad, la familia y el gobierno. Veremos que entre los pueblos indígenas de América se hallan rastros de matriarcado semejantes á los que encontrara Morgan entre los Iroqueses, y aun á los que señaló Bachoffen en las antiguas civilizaciones del Viejo Mundo.

También el método de la sociología evolucionista tiene prácticamente otro defecto capital. Se aceptan con demasiada facilidad las relaciones y memoriales de los exploradores y viajeros. Muy pocos de ellos hablan con conciencia y conocimiento detenido. Salvo casos excepcionales, como el de Morgan, generalmente afirman bajo la autoridad de su palabra cosas que no han visto sino a medias y son incapaces de interpretar a enteras. A su vez, los sociólogos al modo de Letourneau generalizan con pasmosa facilidad y donosura. Así como los filósofos de fines del siglo XVIII abusaban de la idea de un salvaje bueno y puro que no existió más que en sus imaginaciones románticas, los sociólogos del siglo XIX se propasan con la presentación de otros salvajes aparentemente más naturales, pero cuyos avalorios resultan *made in Germany,* y cuyas teces negras ó cobrizas destiñen si se les aplica la fría ducha de una crítica rigurosa.

Siendo discutibles en buena parte los datos de que tan gustosamente se sirven esos sociólogos, resulta de mucho mayor prudencia el procedimiento filológico seguido por Fustel de Coulanges y Sumner Maine en sus monografías... Es que, en materia de reconstrucciones históricas y prehistóricas originales y revolucionarias, hoy por hoy casi no cabe científicamente más que la confección de monografías. Los estudios sociológicos de Morgan sobresalen en tal sentido, pues que costaron á su autor una estadía de tantos años entre los indios Iroqueses.

Pueden en cierta manera contraponerse los dos conceptos de historia de derecho y de evolución del derecho. Resumiendo, tenemos que en el historicismo no se parte de ningún preconcepto transcendental, y en el evolucionismo sí. El método del primero es esencialmente filológico, el del segundo sociológico. Las dife-

rencias de método y de doctrina inicial, que a primera vista parecen de escasa importancia, se ahondan cuando se comparan las elucubraciones de una y otra tendencia o escuela.

Reconocida esta contraposición científica del historicismo y el evolucionismo, oportuno es preguntarse cuál de ambos es superior para la investigación positiva del fenómeno jurídico. Creo que la pregunta no podría resolverse categóricamente en uno u otro sentido; habría que distinguir la investigación jurídica de que se trata. En punto al origen prehistórico del derecho no cabe duda. El historicismo no puede resolverlo; hay que acudir al sociologismo y evolucionismo. Mas si lo que se estudia no es ya el origen prehistórico del derecho, sino su existencia histórica, entonces me parece gollería hablar de negritos, bosquimanos y neozelandeses. Es ahí donde el método filológico de Fustel de Coulanges y de Sumner Maine supera al sociológico de Spencer y Morgan.

Especializándonos ahora con el derecho argentino, diríase que sólo por impremeditada novelería y esnobismo científico puede hablarse de su evolución y no de su historia. El derecho argentino, aunque se incluyan los antecedentes coloniales, más que evolución tiene simplemente historia. Es de ayer. Se ha desarrollado primero por imposición de las instituciones españolas, después por imitación de las europeas y norteamericanas. ¿Dónde está, pues, su evolución propiamente dicha, si por tal entendiéramos un desarrollo intrínseco y extrínseco, un crecimiento espontáneo y gradual de adentro hacia afuera? No negamos ciertamente el evolucionismo como idea filosófica transcendental; sólo negamos que el método sociológico de esa escuela sea el más conveniente cuando nuestro estudio se especialice en el derecho argen-

tino. Aquí cuadra mejor la historia, que á su vez tampoco han de negar los evolucionistas.

Podríase objetar que todo eso, profesándose respecto del fondo una opinión ecléctica, no es más que una cuestión de forma. Pero sería de responderse que es antes una cuestión de método. Un tratado de «evolución del derecho argentino» *(sic)*, si se ajustara estrictamente a título tan peregrino si no pretencioso, desnaturalizaría la realidad del fenómeno, quitando importancia al factor extraño y dándosela excesiva al propio, es decir, a la producción e inventiva nacional. En ciencias, y sobre todo en ciencias sociales, donde la precisión de la nomenclatura tiene tanta importancia, conviene llamar a cada cosa por su nombre, y la historia no es siempre evolución.

El bien entendido historicismo no excluye ciertamente el evolucionismo; pero sí una exageración de su concepto fundamental y de su método predilecto. Le deja su lugar y le reconoce su importancia en cuanto se refiere a una filosofía nueva y general del derecho. Sólo le discute el campo del derecho de la época histórica, y especialmente de los modernos tiempos. Pues que pertenece a estos últimos el derecho argentino, estúdiese más bien con un criterio científico imparcial y con un método de documentación histórica, apartando el prejuicio rematadamente evolucionista y su método fluctuante y empírico.

V

ANTECEDENTES BIBLIOGRÁFICOS ARGENTINOS

Poco se ha cultivado hasta ahora la historia del derecho argentino. No se ha publicado obra alguna que pueda considerar un

tratado o manual completo de su parte externa. Sólo muy sucintamente se presentan los principales datos en el tratado de *Introducción general al estudio del derecho* del profesor Juan José Montes de Oca [1], en los apuntes de la misma asignatura tomados al profesor Manuel Augusto Montes de Oca por Adolfo Casabal y Francisco Sugasti [2], y en la *Introducción al estudio de las ciencias sociales argentinas* del profesor Juan Agustín García [3]. Reseñan ellos los antecedentes coloniales del derecho español y del argentino en la época contemporánea.

Tratado de derecho colonial podría considerarse la clásica *Política indiana* por don Juan de Solórzano y Pereyra [4]. Hácele *pendant,* en la literatura argentina, *La ciudad indiana* por Juan Agustín García [5]. Aunque esta obra es más bien sociológica, trae valiosísimos elementos para la reconstrucción de lo que fué prácticamente en la época colonial el derecho privado, y en parte también el público. Constituye un feliz ensayo de aplicación de los modernos conceptos y métodos de historia interna, documentada y científica.

Del derecho argentino propiamente dicho, se han estudiado con preferencia y relativo detenimiento los antecedentes históricos de la Constitución Nacional. La mayor parte de las veces, si no todas, lo fué adjetivamente a modo de introducción para su interpretación y comentario, como en el tratado de derecho constitucional

1. Buenos Aires, 1884
2. Buenos Aires, 1895
3. Buenos Aires, 1899.
4. Madrid, 1776.
5. Buenos Aires, 1900.

del profesor Aristóbulo del Valle [1]. En muy raros casos, como en los estudios sobre los orígenes de nuestro federalismo del doctor Francisco Ramos Mejía [2] y del autor de la presente obra [3], lo fué substantivamente, antes bien para explicar la esencia de nuestras instituciones políticas que para la interpretación del texto de la Constitución vigente.

En punto al derecho privado, no existe obra alguna que se ocupe detenidamente de su desarrollo e historia. Nuestros juristas clásicos se han ceñido á la interpretación del texto legal. Todos ellos, lo declaren o lo desconozcan, pertenecen a su siglo, el XIX, vale decir. a la escuela filosófica. A esta escuela pertenecieron también los legisladores. Es por consiguiente lógico que hayan menospreciado el antecedente nacional; conciben la ley por la ley misma y no por la historia patria. Cuando se buscan sus fuentes, más que a nuestras costumbres y tradiciones, se recurre a los modelos extranjeros. Hija legítima de la francesa, nuestra Revolución viene a ser nieta del filosofismo del siglo XVIII.

Es a primera vista curioso que, mientras nuestros constitucionalistas han prestado singular atención a los antecedentes patrios para explicar la naturaleza y alcance de las instituciones del derecho público, no estudiaran igualmente esos antecedentes nuestros civilistas para el mejor conocimiento de las instituciones del derecho privado. ¿Será acaso que el elemento nacional ha tenido menos fuerza en éste que en aquél? ¿No habrá influído tanto, por

1. *Nociones de derecho constitucional* (Notas tomadas por M. Castro y A. Calandrelli), Buenos Aires, 1897.

2. *El federalismo argentino*, Buenos Aires, 1889.

3. C. O. Bunge, *El federalismo argentino*, Buenos Aires, 1897.

ejemplo, la organización de la familia colonial en la legislación argentina, como la preexistencia de los catorce cabildos coloniales en la adopción del sistema federal de gobierno?...

La cuestión no es difícil de resolver. Los antecedentes coloniales han sido eficaces para caracterizar, no sólo nuestro derecho público, sino también el privado. ¿Por qué entonces no estudiaron esos antecedentes los civilistas, como los constitucionalistas?... Débese ello a dos principales razones.

La primera estriba en que, sin duda, el elemento nacional, los usos y costumbres del pueblo, no han intervenido tan ruidosa y visiblemente en la formación del derecho privado. La adopción de las leyes civiles no costó revoluciones sangrientas y años de anarquía; no se hicieron múltiples ensayos históricos, como en materia política y constitucional. Los códigos se dictaron y reconocieron sin mayores luchas y discrepancias; de hecho se adaptaron mejor a nuestras ideas y costumbres. Lo propio y local ha entrado como vergonzante y subrepticiamente en ellos. Por eso sus comentaristas han podido hacer caso omiso de ese elemento, como si todo procediese de la razón del legislador o del modelo extranjero. Ahí ha llegado a triunfar más fácilmente, siquiera en apariencia, el principio de la escuela filosófica. A primera vista no resulta tan absurdo que se interprete el Código Civil por el Código mismo, haciendo abstracción de sus antecedentes históricos, como fuera el estudio de la Constitución de 1860 sin referirse a la de 1853, y el de ésta sin conocer las luchas orgánicas entre el unitarismo y el federalismo.

Lógico complemento de la primera, la segunda razón para esa displicencia respecto del factor nacional, demostrada en las obras de los tratadistas de derecho privado argentino, consiste en que,

entre nosotros, la historia interna general, la de las ideas, usos y costumbres, no se ha hecho todavía, como la historia externa y política, la de los gobiernos y las guerras. Han tratado de esto último casi exclusivamente nuestros dos grandes historiadores, Vicente Fidel López y Bartolomé Mitre, y, a su norma y seguimiento, los demás. Se descuida el hecho ordinario y privado, para exponer únicamente el hecho extraordinario y público. La citada *Ciudad indiana* es en tal sentido una honrosa excepción, y señala a los futuros historiadores un rumbo nuevo, un país inexplorado. No sólo por el método y procedimiento, también por la época, puesto que trata los tiempos del coloniaje. Nuestros historiadores se han ocupado más bien del período de la Independencia y Organización, como si la vida de este pueblo comenzara el año de 1810. Y, precisamente, al menos en materia de usos y costumbres, es en tiempos anteriores donde más hondo arraiga el derecho privado. Se comprende así que, también por la carencia de fuentes de consulta, nuestros civilistas dejaran en blanco el elemento nacional.

En conclusión, hubo mayor necesidad de referirse a los antecedentes nacionales en el derecho público que en el privado, y, por otra parte, los historiadores argentinos proporcionaron mejores datos para el estudio de aquél que para el de éste, pues han tratado, de preferencia a la historia interna y la colonial, la externa y de la organización política. Tales son las dos razones por las cuales nuestros juristas tanto descuidan el elemento local y patrio para explicar nuestras instituciones de derecho privado.

VI

OBJETO DE ESTE TRATADO

De los anteriores parágrafos se infiere la intención del autor. Desea llenar un claro sensible de nuestra literatura jurídica e historiográfica. La presente obra tiene por objeto hacer la historia externa e interna del derecho argentino, público y privado. Lógico es que, dadas las dificultades para llevar a cabo tan magna empresa, la obra ha de ser sintética y ofrecerá muchas y graves deficiencias. No es posible construir así no más un tratado general en materia tan lata y varia, sobre la cual no se han publicado mayormente contribuciones monográficas, a punto de que, al menos en la parte argentina propiamente dicha, puede considerarse un campo casi virgen.

Lo inexplorado del campo de la historia del derecho argentino disculpa las necesarias deficiencias de un primer ensayo, por una parte, y, por otra, justifica la relativa abundancia de vistas más o menos nuevas y personales del autor. Vaya lo uno por lo otro. El principal peligro estriba en arribar a generalizaciones fáciles y prematuras. En tal caso es de esperarse que los futuros estudios corrijan y subsanen esos tentadores defectos.

No se nos oculta seguramente la audacia de nuestra empresa. Faltando indispensables elementos, tendremos por necesidad que llenar muchos claros con materiales de discutible solidez. Se nos ha de disculpar ese *remplissage* inevitable, recordando la urgente necesidad en la publicación de esta obra, siquiera para sus fines didácticos.

Claro es que, por su naturaleza, no puede toda ella ser pro-

ducto de personales investigaciones del autor. En buena parte limitámonos a reflejar el estado general de los conocimientos sobre la materia. Pasa ello especialmente en el libro relativo al derecho español, tratado sólo de una manera parcial, como antecedente y factor del derecho indiano. A otros trabajos tendrán que recurrir quienes quieran conocerlo de manera más general, en sí mismo, tal cual se desarrolló en la península hasta los presentes tiempos.

A pesar de la fatigante labor de este tratado, más que obra definitiva, bien prevemos que ha de serlo provisoria. No ha llegado el momento para que suceda de otra guisa. Llenaríamos nuestras aspiraciones si aportásemos provechosos datos y materiales a quienes nos sigan, adelanten y terminen la empresa de construir científicamente la historia del derecho patrio. Por eso, para facilitarles su tarea, nos esmeramos en puntualizar la bibliografía y demás fuentes de investigación y estudio.

VII

MÉTODO DE ESTE TRATADO

En virtud del moderno concepto positivo del derecho, hemos de seguir un método que se diría documental, el método histórico por excelencia, llamado *causal inverso* porque infiere las causas por los efectos [1]. Los efectos son los documentos, manuscritos o impresos, que el autor ha tenido en vista para deducir e

1. STUART MILL, *Système de logique déductive et inductive,* trad. franc., París, 1896, tomo II, págs. 508-527.

inducir las causas. Éstas constituyen los fenómenos históricos objeto de las investigaciones del autor.

Considerando el derecho una fase de la vida de los hombres y los pueblos, hemos debido echar mano de todos los elementos que esa vida nos revelen. Los documentos de cada época están constituídos no sólo por los que se guardan en los archivos, los propiamente tales; también el folklorismo y la literatura de la época tienen su valor documental. Lo tienen igualmente las costumbres y preocupaciones del presente, en cuanto pueden reputarse productos y supervivencias del pasado. La vida privada y la política, o sea la historia interna y la externa, en general, nos suministran ideas capitales para desentrañar el verdadero sentido de las leyes y de la costumbre jurídica. Puede así decirse que nada hay de despreciable, como dato, para los estudios histórico-jurídicos. La dificultad principal radica en saber dar a cada dato su relativo valor y su interpretación científica, y luego en sintetizar de manera clara y sistemática las conclusiones pertinentes.

Como dijo el fundador de la escuela histórica, « el derecho no existe de por sí. Es más bien la vida misma del hombre, mirada desde un punto de vista especial [1]. » Para hacer, pues, la historia del derecho argentino haremos una verdadera historia argentina. Pero no la historia vulgar y corriente de los acontecimientos políticos, como si solamente ellos fueran dignos de recordación y estudio. Más bien los consideraremos siempre en relación a las instituciones jurídicas, cuya existencia y transformaciones constituyen lo más durable y concreto de esos pasajeros acontecimientos. A los elementos de la vida pública habrán de agre-

1. Savigny, *op. cit.*, pág. 18.

garse los elementos de la vida privada, y así, reuniendo lo externo y lo interno de la vida nacional, podremos llegar al completo conocimiento del pasado de su derecho, para comprender su presente. « ¿ Es posible, exclama Savigny, concebir el presente de un organismo cualquiera de otro modo que en relación con su pasado, esto es, sin un método genético [1] ? »

Este método genético, este método causal inverso no implica, forzosamente, una exposición cronológica. Preferimos exponer sincrónicamente, según épocas y también según materias. Es ello de rigurosa lógica, tratándose de asuntos, las instituciones jurídicas, que se desenvuelven, más que a la manera rápida y como macroscópica de los hechos políticos, a la manera lenta y como microscópica de las ideas.

De todo lo cual se infieren, aparte de la causalidad inversa de cualquier método histórico, los dos caracteres típicos de nuestro método : en la investigación es integral, en la exposición es sincrónico. Integral, por cuanto no desdeña hechos eficientes de la vida argentina, por anónimos, pueriles o literarios que a primera vista parezcan. Sincrónico, porque extrae la filosofía de esos hechos, sin sujetarse a una relación cronológica.

De acuerdo con las ideas antes expuestas, esforzámonos en amalgamar la historia externa y la interna, y en cierto modo también la del derecho público y el privado, porque, en realidad, para cada pueblo y época, el derecho es todo uno. Nadie puede ignorar, desde que Augusto Comte formulara su célebre ley de la estática social, o sea de la solidaridad de los fenómenos sociales,

1. SAVIGNY, *op. cit.* (Apéndice, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, contestación á Feuerbach), pág. 106.

la íntima interconexión de los usos y las leyes, la familia y la política, las ideas y las instituciones, la teoría y la práctica, la vida y la literatura [1]. Por esto un estudio de historia del derecho que se encastillara en los nombres propios de los legisladores, las fechas de la promulgación de las leyes y su texto y contenido, sería unilateral e incompleto. Puesto que todos los elementos y formas de la vida y el ambiente cooperan en la formación y renovación de la estructura jurídica de un pueblo, al estudiar esta estructura no cabe prescindir de ninguna de aquellas formas y elementos. ¡ No, la historia del derecho no es la historia de la ley ! La historia del derecho de un pueblo es simplemente la historia de ese pueblo, al menos en lo que tiene de más dinámico y bello, es decir, despojándola de los oropeles y faramallas que la disfrazan y puerilizan.

VIII

DIVISIÓN DE LA MATERIA

La historia del derecho argentino abarca distintos elementos y épocas. Teniendo en cuenta el origen y naturaleza de esos elementos y la concatenación más que la sucesión de las épocas, divídese esta obra, por necesario acuerdo, en cuatro grandes partes o libros :

El libro I, titulado *El derecho indígena,* comprende, por lo que signifique, el derecho de los pueblos indígenas que habitaban esta parte del continente americano. Lo analisa de preferencia en su estado precolonial, ó, mejor dicho, en el de los tiempos del des-

1. Comte. *La Sociologie,* resumida por E. Rigolade, París, 1897, págs. 93-109.

cubrimiento y la conquista, descartando las modificaciones que luego sufriera al contacto de los españoles.

Bajo el rubro de *El derecho español* trata el libro II del derecho metropolitano, en su parte substantiva, no colonial, hasta la época de nuestra Independencia. Es un compendio que presenta las líneas generales de la historia del derecho de España, sobre todo de Castilla, encarándolo principalmente desde el punto de vista de la influencia que ejerció sobre el derecho indiano.

De este *Derecho indiano* se ocupa el libro III. Estudia el derecho colonial español en general, y, en especial, la parte que tuvo mayor práctica y consistencia en las provincias del Río de la Plata. No solamente lo considera en relación a los españoles y criollos, sino también en cuanto tuvo aplicación sobre los pueblos indígenas, modificando a veces sus instituciones y costumbres.

La materia del libro IV y último es *El derecho argentino* propiamente dicho, o sea el que surge y se desenvuelve desde la Revolución hasta el presente. Lo expone en todas sus fases, teniendo en cuenta el pasado y el presente, y aun, en lo que cabe, el futuro. Deseamos, en efecto, que esta obra reuna ideas y materiales útiles, no sólo para los estudios teóricos de historia del derecho, sino también para las reformas y transformaciones prácticas que en adelante ha de sufrir al derecho patrio. Tan señalado provecho debe siempre esperarse de los estudios históricos, que, de otra manera, no pasarían de ser una especulación fútil, sin compensar los pacientes esfuerzos que cuestan al ingenio humano.

Cada uno de los libros que esta obra comprende va precedido de una introducción o capítulo de prolegómenos. No hemos podido suprimirlos, so pena de dejar en duda muchos puntos de la respectiva exposición. Constitúyenlos nociones que conviene espe-

cificar de modo previo, tanto para la mejor comprensión de los actuales lectores y estudiantes, cuanto para la comodidad de los investigadores que más tarde cultiven esta rama de la ciencia social.

Naturalmente, el interés de cada uno de esos cuatro libros resulta bien diverso. El derecho indígena lo tiene más bien universalmente científico que desde el punto de vista de nuestras instituciones nacionales. El derecho español no colonial, dado que fué establecido para España y no para las Indias occidentales, es de menor importancia en éstas que en aquélla. No así el derecho indiano, entendiendo que comprende él, no sólo las lejanas leyes españolas, sino también y en extenso las prácticas americanas. Ahí se prepara, lenta y como ocultamente, el terreno donde luego se implantan las instituciones cosmopolitas del derecho argentino, nuestro derecho moderno, cuyos antecedentes e historia local constituyen el objeto de este tratado.

Presentadas así las cuatro partes que lo componen, salta á la vista que, para tal objeto, la primera es de escasa importancia, la segunda de mayor que la primera, la tercera que la segunda, y que la tercera la cuarta y última. Por esta progresión ascendente, debe ir también ascendiendo el estudio y desenvolvimiento que a cada parte corresponde. Breves y sintéticas serán las dos primeras partes, relativas al derecho indígena y al español no colonial, y más detalladas las dos últimas, que tratan del derecho indiano y el argentino propiamente dicho. Tal desigualdad tiene por causa la mayor copia de datos y el mayor interés de lo que se nos presenta como más genuino y eficiente en la formación del derecho argentino contemporáneo. Al fin y al cabo estudiamos el pasado, más que por el pasado mismo, para mejor saber del presente.

LIBRO I

EL DERECHO INDÍGENA

Cabeza por cabeza o tanto por tanto.

(Proverbio araucano del talión.)

INTRODUCCIÓN

FUENTES DE INFORMACIÓN Y CUESTIONES DE NOMENCLATURA

§ 1. Relativo interés del estudio de los antecedentes indígenas. — § 2. Insuficiencia y falacia de datos en las crónicas. — § 3. Insuficiencia y falacia de datos en los documentos. — § 4. Principales fuentes de información del presente libro. — § 5. Antigüedad y origen del hombre americano. — § 6. Clasificación etnogeográfica de los pueblos indígenas. — § 7. La influencia incaica y aymará. — § 8. Estado cultural de los pueblos indígenas. — § 9. Matriarcado y patriarcado. — § 10. Derecho privado y derecho público.

§ 1

RELATIVO INTERÉS DEL ESTUDIO DE LOS ANTECEDENTES INDÍGENAS

Poco o nada tomaron de la barbarie y salvajismo indígenas las instituciones coloniales y luego independientes. Nuestra cultura americana proviene directamente de las civilizaciones europeas : ¡ España, Roma, Grecia ! De ahí que no tenga el estudio de los antecedentes precolombianos un interés fundamental para el conocimiento de la historia del derecho argentino.

Si no un interés fundamental, puede considerarse que lo tiene relativo y secundario, por la fusión de razas de donde se produjo el criollo. Faltos de hembras, que no traían regularmente de la

metrópoli, los españoles se amancebaron con indias. Está en la naturaleza que el producto del cruzamiento heredase algunos rasgos y caracteres de la estirpe americana, y más cuanto que la mezcla étnica se mantuvo durante toda la época y en toda extensión del coloniaje. Aunque no directa y abiertamente, bien pudieron ejercer los rasgos y modalidades del alma indígena cierta influencia, como subrepticia y vergonzante, en las instituciones indianas y argentinas. Más que por imitación, por atavismo. En consecuencia, así como fuera absurdo atribuir al factor indígena una importancia capital, absurdo fuera negarle en absoluto toda importancia.

Por otra parte, para el conocimiento universal de la evolución de las costumbres e instituciones en los pueblos salvajes y bárbaros, algunos datos ha de aportar a la sociología contemporánea el estudio de los pueblos indígenas de estas regiones del continente americano en la época de la conquista española. Convendría someter esos datos al mismo análisis, más o menos estricto, a que se someten tantos otros, presentes o pasados. Tal vez pueda llegarse a ciertas conclusiones que no carezcan de algún valor científico.

Claro es que, en este libro I, sólo nos corresponde el estudio del derecho indígena precolonial, vale decir, tal cual fué hallado a la llegada de los conquistadores. Ese derecho debió por fuerza transformarse más tarde, al belicoso o pacífico contacto con la civilización occidental. En los pueblos sometidos la dominación produjo instituciones de un carácter que se diría mixto, hispanoindígena. Su estudio atañe ya al derecho colonial o indiano, asunto del libro III. En el presente, la principal dificultad estriba en representarnos las instituciones indígenas aun vírgenes de toda influencia extraña. Para ello hay que recurrir preferentemente a los más antiguos documentos y crónicas.

§ 2

INSUFICIENCIA Y FALACIA DE DATOS EN LAS CRÓNICAS

Los españoles que vinieron a las Indias Occidentales no eran espíritus mayormente observadores y precisos. Faltóles generalmente tiempo y afición para legar a la posteridad descripciones y crónicas escrupulosas de los países y pueblos descubiertos y conquistados. Eran, además, excesivamente crédulos y dados a fantasías. Consignaban en sus apuntaciones las noticias que les fueran comunicadas, sin sentido crítico y sin verificar personalmente su veracidad. Aficionados a lo maravilloso y milagrero, cuanto más estupendas fueran esas noticias, con mejor prolijidad las escribían, para asombro y envidia de los habitantes del Viejo Mundo.

El primer cronista oficial del Nuevo, capitán Gonzalo Fernández de Oviedo, en vez de describir con realismo o datos creíbles a los pueblos indígenas, la flora y la fauna de estas tierras, se complace en contar que en el río Paraná abundaban los nereidos u hombres marinos, « pescados o generación de animales de la mar, que tienen semejanza a hombres humanos » [1]. En apoyo de tan peregrina aserción cita testigos presenciales, autoridades científicas irrecusables, hasta de algún obispo, así como la inevitable opinión del naturalista Plinio. Magallanes dijo que vió en las costas patagónicas gigantes de trece y quince pies de estatura [2]. Otros cronistas de la época manifiestan haber tratado con pigmeos, que vivían en cuevas en el territorio del Tucumán [3]. El arcediano Martín del Barco Centenera, verdad que en verso, en

1. OVIEDO, *Historia general y natural de las Indias, Islas y Tierra firme del Mar Océano*, Madrid, 1851, tomo II, pág. 179.

2. P. DE ANGELIS, *Colección de Obras y Documentos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1910, *Indice geográfico e histórico*, tomo I, pág. XXVIII.

3. *Ibid.*, tomo I, págs. XVII y XLIX.

pésimas octavas reales, nos habla de la sirena, del carbunclo, de « unas mariposas que se tornan en gusanos y después en ratones », y de otras no menores rarezas de la fauna y la flora de los países del Río de la Plata. He aquí, para muestra, como describe las dichas mariposas :

Andando por la guerra y escuadrones
de mí fueron mil cosas conocidas.
Trataré de una forma de ratones,
y de vista hablaré y no de oídas.
Unas cañas he visto y cañutones
tan gruesos como piernas muy crecidas ;
catorce y quince tiene más o menos
cada caña, y de agua todos llenos.

El agua es muy sabrosa, clara y fría,
mas yendo la caña madurando,
un gusano se engendra adentro y cría,
y al cañuto el gusano oradando
afuera mariposa parecía.
Con las alas comienza de ir volando,
y por tiempo las pierde, y queda hecho
de forma de ratón, hecho y derecho [1].

El padre Guevara dedica todo un capítulo a los gigantes y pigmeos. De los gigantes, « torres formidables de carne, que en sólo el nombre llevan el espanto y asombro de las gentes », vió « una muela grande como el puño, casi del todo petrificada, conforme en la exterior contextura a las muelas humanas, y sólo diferente en la magnitud y corpulencia » [2]. También fué vista una canilla, « tan gruesa y larga que, según las reglas de la buena proporción, a la estatura del cuerpo correspondían ocho varas ». Aunque algunos suponen que esos gigantazos eran anteriores al diluvio (a todas

1. Barco Centenera, *La Argentina ó La Conquista del Río de la Plata, poema histórico,* en la Colección De Angelis, tomo II, págs. 183 y 195.

2. Guevara, *Historia del Paraguay, Río de la Plata y Tucumán,* en la Colección De Angelis, tomo II, pág. 39.

luces se trata de especies animales fósiles), el excelente jesuíta se inclina a creer que ellos poblaran después del diluvio el Carcarañal, « y que en sus inmediaciones y barrancas tuviesen el lugar de su sepultura »[1]. Respecto de los pigmeos, el padre Guevara no los ha visto. Pero ofrece el testimonio de quienes los hallaron en el territorio del Chaco, donde vivían en cuevas, de las cuales, para buscar el cuotidiano alimento, se desamparaban solamente de noche, pues si salieran de día pudieran « ser acometidos de los pájaros grandes »[2].

También el padre Lozano nos da noticia de « los gigantes que hubo en estas provincias. Eran tan disformes que el mayor castellano no alcanzaba con la cabeza a su cintura, y todos sus miembros se conformaban con la grandeza desmedida de sus cuerpos, de que se ha hecho prueba con los huesos monstruosos que se han descubierto. Tenían el cuello tendido, carecían de barbas y andaban vestidos de pieles de animales; su voracidad correspondía a su corpulencia, pues era tradición recibida de las gentes de estos países, que cada uno comía más de cincuenta naturales[3]. » Poco después agrega que esos ogros eran « Caribes ». Según el cronista Antonia de Herrera, se fueron de la provincia del Río de la Plata, donde eran numerosos, a poblar la costa de Santa Elena, en el sur. Allí « se hicieron la más cruda guerra con sus abominaciones; porque, no habiendo llevado mujeres, se entregaron ellos mismos al pecado nefando, en castigo del cual envió la Justicia Divina fuego del cielo, como allá sobre Sodoma, y a todos los consumió, sin dejar otro vestigio de ellos que algunos huesos o calaveras, las cuales para memoria perpetua de aquel merecidísimo castigo

1. *Ibid.*, pag. 39. Esto de la preexistencia de los gigantes es un lugar común de los cronistas. Entre otros, habla singularmente de ellos A. DE ZÁRATE, *Historia del descubrimiento y conquista del Perú*, en *Historiadores primitivos de Indias*, Madrid, 1886, tomo II (Biblioteca Rivadeneyra, tomo XXVI), pág. 466.

2. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 40.

3. LOZANO, *op. cit.*, tomo I, págs. 432-433.

se hallan tan frágiles que parecen quemadas » [1]. Así explica el cronista la extinción de aquella estirpe de gigantes, y no sólo en el sur, sino también probablemente en la provincia del Río de la Plata, « porque muchos de los cadáveres que se encuentran en las barrancas del río Carcarañal, se ven con la misma fragilidad, y es lo mismo tocarlos que resolverse en polvo » [2].

Dicho padre Lozano, cuyas obras han merecido siempre fe, sirviendo de fuente documental a los historiadores, cuenta las cosas más estupendas. Dice que el yacaré o caimán es monstruoso porque tiene cuatro ojos [3]. Nos habla de víboras preñadas como mamíferos, en cuyo vientre se han encontrado hasta cincuenta vivoreznos [4]. « Unas víboras conciben por la boca, agrega; otras empollan sus huevos como las gallinas [5]. » De alguna especie de culebra asegura que resucita a modo de fénix, aunque en forma más extraña y notable. « Suele quedar tan ocupada del animal que matara, que no puede menearse, y, como su calor natural no es suficiente para digerir una tan gran cantidad, o se enrosca en algún arbol, o se está parada en un lugar, con el vientre al sol, hasta que, pudriéndose el animal que no podía digerir, pudre también el vientre de la culebra y cría gusanos. Acuden a ella los pajarillos, que tienen pasto para muchos días, y la van descarnando hasta dejarla en los huesos, y negada en apariencia del principio de sentir, que parece un verdadero esqueleto. Mas como es animal imperfecto, cuya alma es divisible, le quedan en parte de aquel espinazo las reliquias de los espíritus vitales ocultos, con los cuales vuelve de la materia corrupta a renacer o resucitar... [6] »

De otras culebras enormísimas dice el padre Lozano que se tra-

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 433.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 433.
3. *Ibid.*, tomo I, pág. 311.
4. *Ibid.*, tomo I, pág. 308.
5. *Ibid.*, tomo I, pág. 310.
6. *Ibid.*, tomo I, pág. 312.

gaban de un bocado a un hombre de dos varas de alto, para vomitarlo también entero al día siguiente, vivo o muerto, y « con los huesos tan quebrados como si lo hubieran molido »[1]. Esto en cuanto a los hombres ; con las mujeres gastaban otras bromas no menos pesadas esas culebras, « lo que se ha comprobado en varios casos ». Ello es que eran aficionadísimas a tener trato sexual, aún a « engendrar » con las mujeres, a la manera humana. Y « sin ser pez hombre, como dicen algunos », quizá Oviedo, en el citado pasaje de los nereidos u hombres marinos, sino simples culebras, « aunque con la cabeza desmedidamente grande y sólo proporcionada a su boca », esa cabeza capaz de engullirse un hombre entero y vomitarlo al día siguiente. Fué así que, como « una india estuviera lavando descuidada alguna ropa en las márgenes del Paraná, vino una de esas bestias y la asaltó de improviso, con ademanes de violentarla. Cortóse la india con el susto, viendo tan desenvuelto al culebrón ; y éste, pasándola a la margen opuesta del río, consiguió su lascivo intento, de que la dejó tan perdida y trabajada que no pudo moverse del sitio. Guardábala el culebrón en cuidado, yendo y viniendo del agua tres días que allí se estuvo la miserable, hasta que, siendo hallada, refirió el lastimoso suceso y murió, recibidos todos los sacramentos[2]. » El célebre « naturalista » no determina cuál es el hijo que pudiera nacer o haya a veces nacido de semejante cópula...

Todas estas mentiras, y muchas otras, trae el padre Lozano en un solo capítulo (el XII, libro I) de su voluminosa obra[3]. En punto a serpientes, el mismo Ruy Díaz, con ser tanto más agudo y avispado que el padre Lozano, nos habla de una inconmensurable, la cual resultaba — lo dice repetidas veces — un verdadero dragón. Tenía más de 25 pies de largo y era gruesísima, tanto en el medio del cuerpo como un novillo. Sus escamas de diversos colores, cada

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 314.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 315.
3. *Ibid.*, tomo I, págs. 309-320.

una del tamaño de un plato, ostentaban unos como ojos rubicundos, de horrible fealdad. La cabeza, muy grande y chata, amenazaba con unos colmillos tan disformes, que sobrepujaban y salían fuera de la boca. Los ojos eran encendidos y parecían centellas de fuego. La cola, en forma de tabla, estaba constituída por un hueso duro y negro. Los naturales, aquellos mansos indios Guaraníes, la alimentaban con carne humana, llevándole cautivos. Tenían al monstruo una gran veneración y culto, porque el demonio habitaba dentro de él y les respondía a lo que le preguntasen. Cuando los españoles lo hirieron con una lluvia de balas y piedras adentro del palenque donde estaba encerrado, daba espantosos silbos, echaba gran copia de sangre y hacía temblar el suelo [1].

En los primeros siglos del cristianismo, los padres de la iglesia creyeron de buena fe en la vitud profética de los oráculos paganos. No pudiendo atribuirla a la sabiduría de Dios, la atribuyeron a la del diablo. Siguiendo tan alta autoridad, los cronistas españoles vieron con frecuencia al enemigo encarnado en los ídolos y sacerdotes de los pueblos indígenas. No solamente los misioneros, sino también los seglares, y más éstos que aquéllos, porque eran personalmente menos ilustrados. Los ejemplos abundan. Son más copiosos, naturalmente, en las crónicas de México y el Perú, pues que allí se prestaba mejor a tan ridículas interpretaciones la liturgia de cultos más complicados y exóticos. Puede decirse que en los primitivos cronistas de esos países el diablo resulta un personaje necesario, inevitable, para ejemplarizar a los lectores. A veces es una serpiente inmensa, o bien un dragón, que los indígenas adoran [2]. Otras, se presenta en sus santuarios en su forma común, cornudo y rabilargo [3]. Suele profetizar en los oráculos, en-

1. DÍAZ DE GUZMÁN, *La Argentina*, en la Colección De Angelis, tomo I, págs. 55-56.

2. *Ibid.*, págs. 55-56.

3. CIEZA DE LEÓN, *La crónica del Perú*, en *Historiadores primitivos de Indias*, Madrid, 1886, tomo II (Biblioteca Rivadeneyra, tomo XXVI), pág. 445.

gañando perversamente á sus adeptos, pues que sólo Dios conoce el porvenir [1]. En los templos indígenas mantiene la costumbre del « pecado nefando »; hace educar ex profeso y vestir de hembras a mancebos, para que lo practiquen con los magnates, como un rito religioso [2]. Aficionado a enormidades sexuales, tienta también a los indios para que tengan amores con unas monas grandes, las cuales, según se contaba, paren « unos monstruos con cabeza y miembros deshonestos como hombres, y manos y pies como monos. En fin, parecerán (si es verdad que los hay) al demonio, su padre. Dicen más, que no tienen hablan, sino un gemido ó aullido lastimero [3]. » Ubicuo y multiforme, Satanás asume las figuras más diversas, ya de ave, ya de reptil, para espantar y engatuzar [4]. Se permite colarse hasta en los templos cristianos (claro que cuando no está expuesto el santísimo sagrario), y allí lo revuelve todo, andando con la cabeza para abajo y para arriba las hendidas patas de cabra [5]. Poco grave en ocasiones, aunque no menos mal intencionado, se atreve hasta con algún fraile y lo cuelga de las piernas en el espacio [6]. Reuniéndose varios demonios, suelen hacer á los indios aun no conversos crueles y variadas jugarretas, para quitarles su buen propósito de convertirse [7]. Ora les persiguen con agudos silbidos y gruñidos espantables [8]. Ora les lanzan pedradas por el aire y les vociferan al oído su propio grito de fuerza: « Hu, hu, hu » [9]. No contentos con todo eso, les escupen en el rostro salivazos podridos y hediondos [10], o bien les tapan con barro la bo-

1. *Ibid.*, pág. 415.
2. *Ibid.*, págs. 402 y 416-417.
3. *Ibid.*, pág. 440.
4. *Ibid.*, pág. 455.
5. *Ibid.*, pág. 455.
6. *Ibid.*, pág. 455.
7. *Ibid.*, pág. 455.
8. *Ibid.*, pág. 455.
9. *Ibid.*, pág. 455.
10. *Ibid.*, págs. 455-456.

ca como para ahogarlos [1]. Les arrancan de la mano la copa en que beben su vino ; ante los españoles estupefactos, la copa se levanta sola, un sér invisible apura su vino, y cae exhausta al suelo [2]. A los mismos indios, ¡ desdichados ! los llevan en volandas de una parte á otra, á menudo de cabeza, para despeñarlos desde alguna agria cresta de la montaña [3]. Felizmente, el bautismo interviene a tiempo, salvándolos de la encarnizada persecución. Un buen fraile mercenario o dominico lo otorga á los perseguidos, sin que sea obstáculo á tan favorable conjuro la algazara verdaderamente infernal que los demonios arman sobre el techo de la iglesia, rompiéndolo y echando a los vientos sus haces de paja [4].

Sorprende fe tan ingenua, inquebrantable. Esos autores son sinceros. Dicen lo que sienten, describen lo que ven, enseñan lo que saben. A veces no se contentan con la palabra ; ilustran el texto con figuras demostrativas, para completar su pensamiento y dejarlo mejor documentado a las venideras generaciones. Así Cieza de León, en las ediciones originarias de sus crónicas. « No satisfecho con publicar muchas relaciones maravillosas sobre la influencia y apariciones de Satanás en persona en las ceremonias de los indios, ha adornado su obra con multitud de viñetas que representan al príncipe de las tinieblas con sus acostumbrados perfiles de rabo, uñas, etc., como para dar más fuerza á las homilías del texto. El peruano creía que su ídolo era un dios. Su conquistador cristiano creía que ese ídolo era un demonio. Difícil es decir cuál de los dos daba pruebas más indudables de poseer superstición [5]. »

Para los españoles, la verdadera causa de la idolatría de los in-

1. *Ibid.,* pág. 455.
2. *Ibid.,* pág. 455.
3. *Ibid.,* pág. 455.
4. *Ibid.,* pág. 456.
5. PRESCOTT, *Historia de la conquista del Perú,* trad. esp., Madrid, 1847. tomo I, pág. 117.

dígenas no era ni podía ser otra que la envidia y el poder del demonio [1]. Esta doctrina teológica se ajustaba perfectamente á la letra y el espíritu de las Escrituras, sobre todo del Antiguo Testamento. Lucifer, el arcángel revelado, no se resignaba al eterno castigo que le impusiera Jehová despojándolo de toda su lozanía y pompa, e intentaba someter a las gentes bajo su imperio censurable. Había dicho : « Subiré al cielo ; en lo alto, junto á las estrellas de Dios, ensalzaré mi solio ; y, en el monte del testimonio, me sentaré a los lados del Aquilón. Sobre las alturas de las nubes subiré y seré semejante al Altísimo [2].» Igualmente había dicho : « Dios soy yo, y en la silla de Dios estoy sentado, en medio de los mares [3]. » De ello, de su « soberbia, procede el perpetuo y extraño cuidado que este enemigo de Dios ha tenido siempre de hacerse adorar de los hombres, inventando tantos géneros de idolatría, con que tantos tiempos tuvo sujeta la mayor parte del mundo, que apenas le quedó a Dios un rincón de su pueblo de Israel » [4]. Pero he aquí que aparece sobre la tierra el Mesías esperado, el Hijo de Dios, y predica la buena nueva. El cristianismo se extiende por Asia, Europa y África. Entonces Lucifer, corrido, se viene á las Indias. « Ya que la idolatría fué extirpada de la parte más noble y mejor del mundo, retiróse a lo más apartado, y reinó en esotra parte del mundo, que, aunque en nobleza muy inferior, en grandeza y anchura no lo es [5].» Así se explican las creencias e instituciones de los indígenas, estimulándose el generoso empeño de los misioneros en arrancarlas de raíz.

Entre las supersticiones teológicas de los cronistas predomina, por supuesto, la del castigo divino. Las crueldades de la conquista

1. J. DE ACOSTA, *Historia natural y moral de los indios,* Madrid, 1894, tomo II, pág. 1.

2. ISAÍAS, XIV, 13-14. Citado por ACOSTA, *op. cit.* tomo II, pág. 2.

3. EZEQUIEL, XXVIII, 2. Citado por ACOSTA, *op. cit.*, tomo II, pág. 2.

4. ACOSTA, *op. cit.*, tomo II, págs. 2-3.

5. *Ibid.*, tomo II, pág. 3.

y el régimen español tienen siempre esa clave sobrenatural. El indígena sufre una pena que Dios impone, por medio de su católico pueblo, a su idolatría y vicios. Para el caso, viene como de molde a cada momento la leyenda bíblica de la destrucción de Sodoma y Gomorra. Así como el padre Guevara la aplicaba a la presunta raza de gigantes que debía haber poblado las barrancas del río Paraná, otros la refieren a distintos pueblos y lugares. Por ejemplo, el cronista Agustín de Zárate relata a su vez que en el Perú hubo gigantes, « cuya estatura era tan grande como cuatro hombres medianos » [1]. Claro que se habían dado al « pecado nefando ». Por lo cual los castigó Dios, « enviando un ángel para ello, como lo hizo en Sodoma y en otras partes » [2]. Esto pasó antes de la venida de los españoles, quienes lo pusieron en duda cuando los indios se lo contaron. Mas he aquí que después hallaron sus huesos enormes bajo la tierra, con lo cual se disipó la duda [3]. ¡ Y por cierto que no deja de ser extraño se atribuyese precisamente a esos jayanes vicios más bien de menudos y débiles degenerados !... Había que explicar de algún modo el hallazgo de huesos fósiles de animales gigantescos, y las Escrituras se prestaban a tal explicación. Los españoles ignoraban que antes del « diluvio universal » hubo especies mucho mayores que las actuales, puesto que las Escrituras no lo dicen expresamente, y, en cambio, puesto que expresamente lo dicen, no ignoraban que en una época remota existieron gigantes sobre el haz de la tierra. No sólo a los gigantes, también a otros indios de talla normal aplicaban el terrible castigo que trae el libro de Lot. El cronista potosino Bartolomé Martínez y Vela [4] cuenta que una población indígena del Alto Perú, la de Anco-

1. A. de Zárate, *Historia del Perú*, en *Historiadores primitivos de Indias*, tomo II, pág. 465.

2. *Ibid.*, pág. 465.

3. *Ibid.*, pág. 465.

4. Su manuscrito, *Historia de la villa imperial de Potosí*, fué consultado por V. G. Quesada, *Crónicas potosinas*, París, 1880 ; ó igualmente por R. Palma, *Tradiciones peruanas*, Barcelona, 1896.

Anco, fué destruída en 1556 por las mismas causas y más o menos en la misma forma que las ciudades malditas de la Biblia [1]. El altozano donde estaba situada la villa se convirtió en dos « lagunillas asquerosas ». Muchos años después, según el cronista, como descendientes del pueblo castigado, se criaban en aquel fango unos pececillos negros con alguna semejanza humana y de pésimo hedor [2].

Hechos a descubrir insospechadas civilizaciones exóticas, artísticas maravillas y tesoros inagotables, aquellos españoles, de imaginación árabe e ignorancia y fanatismo medioevales, confundían a menudo el mundo de sus fantasías con el de la realidad. La arrogancia militar y la religiosa, por una parte, y, por otra, la codicia, les arrastraban á singulares exageraciones. Así como magnificaban la ferocidad y la idolatría de los pueblos conquistados, dieron en sus imaginaciones fecundas aun más portentosos proporciones a las de suyo sorprendentes riquezas de América. Los indígenas mismos, para alejarlos de sí, los engañaban indicándoles rumbos hacia otras regiones cuya mayor abundancia encarecían. Tal debió ser el origen de la poética leyenda del « país del oro », aquel *El Dorado* imaginario, situado entre el Perú y el Brasil, y más rico que el mismo Potosí. Hasta la tierra era allá purísimo oro, y los guijarros, toda suerte de piedras preciosas, diamantes, rubíes, esmeraldas, berilos. Ni en las *Mil y una noche* soñó mayores tesoros la princesa Cherezade.

Aparte de todas las patrañas increíbles por lo fabulosas, otras historias traen los cronistas de la época, harto más creíbles y creídas, por cierto, y sin embargo no menos falsas. La crónica de Ruy Díaz de Guzmán, escrita, no en desmadejados versos como la de Barco Centenera, sino con toda puntualidad, en prosa clara y firme, contiene, por ejemplo, el bellísimo poema o novela de Lucía

1. De esa conseja americana trata V. G. Quesada, en su crónica titulada *Justicia de Dios, op. cit.*, tomo I, págs. 383-408.

2. Quesada, *op. cit.*, tomo I, pág. 406.

Miranda [1]. Fuera de ese relato inverosímil, no existe documento ni referencia alguna que atestigue su verdad [2]. Igualmente, el ingenioso cronista consigna la fábula de una mujer, a quien el padre Lozano llama « la Maldonada » [3]. Esta mujer, haciendo una vez de partera, ayuda en el crítico trance á una leona, que, en su cueva, da a luz un par de cachorros. Poco después, acosada por el hambre, se va la mujer con los indios, de donde vuelve al cabo, para juntarse de nuevo con los españoles, en la Asunción. Pero el gobernador era de condición harto áspera, tanto que « por una lechuga cortó a uno las orejas, y a otro afrentó por un rábano » [4]. Recibe, pues, tan mal a la mujer, que, en vez de agasajarla como al hijo pródigo, la echa a las fieras. Porque entonces

1. Díaz de Guzmán, *op. cit.*, pág. 25.

2. El caso de Lucía Miranda, generalmente repetido por los « historiadores » argentinos, es para nosotros indiscutiblemente falso, en mérito de las siguientes razones : 1º Nada dice sobre el asunto la prolijísima « información sumaria hecha en el puerto de San Salvador, presentada por el capitán de la armada Sebastián Caboto, para hacer constar a S. M. cómo se perdió la fortaleza de Sancti Spiritus, que levantó en el río de la Plata, el 12 de Octubre de 1529 ». (Véase este documento, inserto en *El veneciano Sebastián Caboto al servicio del río de la Plata*, Santiago de Chile, M.DCD.VIII, tomo II, *Documentos*, págs. 105-164.) 2º No existe ningún documento que atestigue el hecho, ni cronista, fuera de Ruy Díaz de Guzmán y de quienes lo copian, como el padre Lozano. 3º Por el carácter descubridor y no colonizador de la expedición de Caboto, y según la citada información sumaria, en ella no debieron venir mujeres. 4º La novela es de todo punto inverosímil, contraria á las costumbres y sentimientos de españoles e indígenas, especialmente de los últimos, dada su ferocidad y su poco o ningún trato en aquel tiempo con hembras de raza blanca. 5º Tiene la novela todo el carácter de un injerto literario para amenizar la narración, a la manera de los historiadores de la época. 6º No es ese el único embuste de Ruy Díaz de Guzmán, que trae otros varios de carácter novelesco, como el de la mujer salvada por la leona. *(Op. cit.*, págs. 36-38.) En todo caso, podrán justificarse nuestros « historiadores » de su falacia, con el refrán italiano : *se non è vero, è ben trovato...*

3. Díaz de Guzmán, *op. cit.*, págs. 36-38. Lozano, *op. cit.*, tomo II, págs. 101-103.

4. *Ibid.*, pág. 38.

sitiaban a la Asunción interminable tropa de leones, tigres y onzas *(sic)*... Entre las fieras, la leona agradecida reconoció a la Maldonada, y, defendiéndola de las otras, le salvó la vida [1]. ¡ Nueva y no menos portentosa edición de la fábula de Androcles ! Todas esas consejas, incluso la del origen del nombre de la ciudad de Santa María de los Buenos Aires [2], son elocuentes testimonios de la fantasía y falta de conciencia histórica de aquellos cronistas, y, por consiguiente, del largo y acendrado análisis crítico a que deben someterse sus obras, para aceptar lo digno de crédito y rechazar cuanto no lo merezca.

Los conquistadores cronistas, por ejemplo Ruy Díaz, se complacen en abultar sus hazañas, multiplicando el número y poder de los indios enemigos y ponderando su ferocidad. Inventaron así la fábula de que los Charrúas y otros salvajes americanos eran normalmente y por lo común antropófagos, lo que en realidad después no se ha comprobado, antes bien desmentido. Asimismo tejen y surcen sucesos dramáticos y maravillosos, para dar mayor realce e interés a sus narraciones. Los misioneros cronistas, especialmente los jesuítas, son más verídicos. Pero todo lo ven preferentemente desde el punto de vista de la catequización y evangelizamiento de los indios. No exageran como los soldados la gloria militar, mas sí la religiosa. Sencillos y crédulos, aceptan cuantos datos interesantes se les suministren. En hablándoles en sentido ético propicio, copian de buena fe las invenciones extrañas. Así el padre Techo la leyenda de Lucía Miranda [3].

1. *Ibid.*, pág. 38.

2. DÍAZ DE GUZMÁN, *op. cit.*, pág. 33.

3. TECHO, *Historia de la provincia del Paraguay de la Compañía de Jesús*, Asunción del Paraguay, 1899, tomo I, pág. 45.

§ 3

INSUFICIENCIA Y FALACIA DE DATOS EN LOS DOCUMENTOS

Si los cronistas resultan insuficientes y falaces, no menos lo son muchas veces los documentos oficiales. A parte de que sus datos positivos no parecen siempre claros y concluyentes, consignan curiosísimas supersticiones y mentiras. En realidad, expurgándolos bien, pueden hallarse corroboradas en ellos las mayores patrañas contenidas en los cronistas, muchos de los cuales, por otra parte, tienen también carácter oficial.

La existencia de los gigantes, por ejemplo, lugar común de los cronistas, se puede comprobar en documentos que no tienen precisamente el carácter de crónicas. En 1766 se levantó en Buenos Aires una sumaria para comprobar la existencia de « sepulcros y esqueletos de gigantes encontrados en el partido de Arrecifes » [1].

Es muy interesante la sumaria instruída en 1782, en Santiago de Chile, acerca El Dorado chileno, o sea la *Ciudad de los Césares*. El fiscal de Chile reconoce la posible falacia. « Bien es que el demasiado deseo de los españoles por las riquezas y los metales preciosos ha llegado a fabricar en sus ideas algunos países o poblaciones imaginarias en estas Américas, cuya fantasía se ha apoyado en el embuste de los indios, que, por apartar de sí a los nuestros, han procurado empeñarlos en el descubrimiento y conquista de algún país riquísimo, que fingían hacia tal o cual parte [2]. » No obstante tan prudentes observaciones, vista la abundante información, el fiscal concluye admitiendo la existencia de la ciudad de los Césares. Esta villa encantada, misteriosa, desconocida, situada al sur del reino de Chile, « estaba en medio de la

1. El expediente se ha publicado en la *Revista de Buenos Aires,* Buenos Aires, 1866, tomo XI, págs. 117-120.

2. Pérez de Uriondo, *Informe,* en la Colección De Angelis, tomo I, pág. 389.

laguna de *Payegué*, cerca de un estero llamado *Llanqueló,* muy correntoso y profundo. Tenía murallas con fosos, rebellines y una sola entrada, protegida por un puente levadizo y artillería. Los edificios eran suntuosos, casi todos de piedra labrada, y bien techados al modo de España. Nada igualaba la magnificencia de sus templos, cubiertos de plata maciza, y de este mismo metal eran sus ollas, cuchillos y hasta las rejas de arado. ¡ Para formarse una idea de sus riquezas basta saber que los habitantes se sentaban en sus casas en asientos de oro ! Gastaban casaca de paño azul, chupa amarilla, calzones de *buché* (abombachados), con zapatos grandes y un sombrero de tres picos. Eran blancos y rubios, con ojos azules y barba cerrada. Hablaban un idioma ininteligible a los españoles y a los indios ; pero las marcas de que se servían para herrar su ganado eran como las de España, y sus rodeos considerables. Se ocupaban en la labranza, y lo que más sembraban era *ají*, de que hacían un *vasto comercio* con sus vecinos. Acostumbraban tener un centinela en un cerro inmediato, para impedir el paso a los extraños. Ponían todo su cuidado en ocultar su paradero, y en mantenerse en un completo aislamiento. A pesar de todas sus precauciones, no habían podido lograr su objeto y algunos españoles e indios se habían acercado á la ciudad, ¡ hasta oir el tañido de las campanas [1] ! »

Recuérdese la escasez de oro que se sentía en Europa y la pobreza y muchas necesidades de la España en los siglos XVII y XVIII, y se comprenderá el ansia con que eran codiciadas esas ciudades fabulosas, como El Dorado ó la de los Césares. En la sumaria sobre esta última, buscando su situación geográfica y la conveniencia de reducirla, se ven informes de autores tan graves y fehacientes como el padre Falkner y Azara, si bien no resulta de ellos que fuese tan rica la ciudad como la imaginación popular la suponía. Un cronista, Ignacio Pinuer (1774), consigna en su «relación» que la ciudad era de origen español. Un grupo de cam-

1. De Angelis, *op. cit.*, tomo I, pág. 354.

peones la fundó (mejor dicho, fundó la primera, pues las ciudades fueron después tres), rechazando un ataque de los indígenas. Sitiada la ciudad madre, los españoles la defendieron denodadamente ; el hambre llegó a tal punto, que se devoraban unos a otros, y después los cadáveres de los indios. Quedando vencedores, se aislaron del resto del mundo. La ciudad, o, con más exactitud, las tres ciudades, resultaban populosísimas, porque los habitantes se multiplicaban infinitamente, y esas tierras eran tan frescas y sanas, que allí ni de oídas se conocía la muerte. « Considérese si serían muchos esos habitantes, exclamaba entusiasmado el cronista y testigo, cuando eran inmortales, pues en aquella tierra no morían... [1] » Y, ante la copiosa e irrebatible información oficial, el fiscal de Chile dictamina que se debe descubrir y conquistar esa ciudad o ciudades, a pesar de la precaria situación del erario, pues los ingleses pueden echar mano de ellas [2]. ¡ Había que adelantarse á los ingleses !

Los documentos oficiales traen en realidad poco respecto a las costumbres e instituciones de los pueblos indígenas. No merecieron ellas especiales estudios a las autoridades civiles. Por eso hay que recurrir principal, sino únicamente, a las crónicas. Verídicas o fantásticas, genéricas o minuciosas, constituyen la mejor o menos mala fuente de información sobre el asunto.

§ 4

PRINCIPALES FUENTES DE INFORMACIÓN DEL PRESENTE LIBRO

En los anteriores parágrafos se ha consignado la insuficiencia y frecuente falacia de datos en los cronistas del Nuevo Mundo, presentándose ejemplos bien demostrativos. Pero ello no quiere decir

1. I. PINUER, *Relación*, en la Colección De Angelis, tomo I, pág. 373.
2. PÉREZ DE URIONDO, *op. cit.*, tomo I, pág. 384.

que deba negarse todo crédito a sus crónicas. Tienen un fondo de verdad. Ya que no en sus descripciones, en sus datos capitales, así como en las fechas y lugares, son todas más o menos concordantes. No obstante sus apuntadas falacias, el padre Lozano [1], el padre Guevara [2] y el padre Nicolás del Techo [3], tan extravagantes en asuntos de historia natural, merecen relativo crédito en cuanto a los usos y costumbres de los indígenas. Como misioneros formados en estudios humanos y divinos, debían conocerlos mejor. En el mismo caso está el padre Falkner [4], y en caso análogo Ulderico Schmidel [5]. Antonio de Viedma [6], aunque trae poco dato, parece totalmente verídico.

Aunque el P. Lozano describiera de la fantástica y falaz manera que hemos visto a los ofidios del Nuevo Mundo, trata con escrúpulo y puntualidad a los indios Guaraníes. Sabía observar mejor a los salvajes, puesto que iba a evangelizarlos y vivió tantos años entre ellos, que a los animales, a quienes no iba a evangelizar y entre los cuales no vivió propiamente ni un día. Si era de supina ignorancia en materia de ciencias naturales, no así en

1. LOZANO, *Historia de la conquista del Paraguay y Río de la Plata,* Asunción del Paraguay, 1897.

2. M. GUEVARA, *Historia del Paraguay, Río de la Plata y Tucumán,* en la Colección De Angelis, tomo II, págs. 319-330. Azara encuentra en cierto modo al P. Guevara superior al P. Lozano ; De Angelis, por el contrario. AZARA, *op. cit.,* tomo I, pág. 11. DE ANGELIS, *op. cit.,* tomo II, pág. 3. En nuestra opinión, la obra del P. Lozano es más puntual y minuciosa ; la del P. Guevara, más inteligente y general. Cada cual tiene su mérito y utilidad.

3. N. DEL TECHO, *Historia de la provincia del Paraguay de la Compañía de Jesús,* Asunción del Paraguay, 1897.

4. T. FALKNER, *A description of Patagonia and the adjoining parts of South America,* Hereford, M.DCC.LXXIV. Puede verse, porque es exacta aunque algo incompleta, la trad. esp., en la Colección De Angelis, tomo I, págs. 331-350.

5. *Viaje al Río de la Plata,* en la Colección De Angelis, tomo III, págs. 273-317.

6. *Descripción de la costa del Sur, llamada vulgarmente patagónica,* en la Colección De Angelis, tomo V, págs. 487-503.

punto a la observación de los hombres, que para ello estaba preparado por su educación fundamental de humanista y de teólogo, y ello constituía doblemente la profesión de su vida, como sacerdote y como jesuíta. Podemos, pues, creer al padre Lozano, si no en lo que nos cuenta de las víboras, serpientes, culebras y caimanes del Paraguay, en lo que fielmente expone de las costumbres, usos y leyes de los Guaraníes, los únicos indígenas que con mayor detenimiento y por fuerza personalmente estudiara. Hay en el respectivo capítulo de su obra (el XVII en el libro I) una serie de hechos y datos que ofrecen visos de palpitante realismo [1]. El buen padre no era de suyo mentiroso, sino sólo crédulo en díceres y leyendas sobre los asuntos que no tuvo tiempo ni razón para dedicarles substantivo estudio. Azara, siempre tan cuidadoso en rectificar a sus predecesores, nada desmiente de cuanto trae el padre Lozano sobre los Guaraníes. Más bien, aunque sin referirse a él, confirma sus noticias con nuevos datos [2].

Hay que despojar las crónicas de sus exageraciones y de lo fantástico y milagroso. Entonces resultan fuentes de información prudentemente utilizables. Durante los primeros tiempos del descubrimiento, las noticias son más abultadas y maravillosas ; representan la época de la fábula y el mito. Con el tiempo, desde fines del siglo XVII, se hacen en general más verosímiles y puntuales, como en Antonio de Viedma.

De todos los cronistas y viajeros por estas tierras en la época colonial, merece a nuestro juicio sitio de honor Félix de Azara. Posee un verdadero sentido crítico, es el más escrupuloso y verídico, no se mira en espejismos de gloria militar o religiosa, nunca habla por referencias, expone simplemente lo que observa y estudia en persona. Posterior a los otros, pues que escribió a fines del siglo XVIII, pudo refutar las paparruchas propaladas por sus pre-

1. LOZANO, *op. cit.*, tomo I, págs. 378-407.

2. AZARA, *Descripción é historia del Paraguay y Río de la Plata,* Asunción del Paraguay, 1898, tomo I, págs. 223-234.

decesores, especialmente por Ruy Díaz, Barco Centenera y Ulderico Schmidel. Por más de veinte años exploró el país con ahinco y conciencia. Supo leer en los archivos de la Asunción, Santa Fe, Corrientes y Buenos Aires, y sobre todo en el libro tanto más vasto y complejo de la naturaleza. Parece ser, pues, nuestra más científica fuente de consulta de los tiempos coloniales, y es, en realidad, la única que aquí puede seguirse con entera confianza.

No obstante los estudios de Azara, los datos sobre las instituciones de los pueblos indígenas son siempre escasos e imprecisos. El mismo Azara no llegó a hablar la lengua de ninguno de esos pueblos, para proporcionarnos esos preciosos detalles tan codiciados por la moderna sociología. Muy poco nos dice, por ejemplo, sobre el sistema de filiación o parentesco en los pueblos de que trata.

En suma, la insuficiencia de datos para reconstruir las instituciones, usos y costumbres de los pueblos indígenas ríoplatenses, especialmente en la época de la conquista, proviene de diversas causas. Unas son imputables á la complejidad de esos mismos pueblos, y la dificultad de observarlos, máxime cuanto que en buena parte fueron belicosos y estuvieron en perpetua guerra con los conquistadores. Otras son imputables a la poca ilustración y sinceridad de los cronistas y viajeros, así como no haber permitido de hecho la metrópoli que los estudiaran gentes de otras nacionalidades. Pero, entre el cúmulo de falacias y frecuentes contradicciones, el sentido crítico del historiador puede desentrañar, si no toda, una parte de la verdad.

Convendría ahora referir los cronistas hasta aquí nombrados, según las materias de que principalmente informan. Para el estudio de los pueblos indígenas precoloniales del Río de la Plata, la primera autoridad es Azara. Viene luego el padre Lozano, quien se singulariza y extiende respecto a los Guaraníes. El padre Guevara se refiere genéricamente a los pueblos del Río de la Plata y el interior. El padre Falkner y Antonio de Viedma, a los Patagones. Los demás, como Ruy Díaz de Guzmán, Barco Centenera y

Ulderico Schmidel y el padre del Techo, traen noticias generales, más bien relativas a la conquista o al evangelizamiento que a las costumbres e instituciones de los pueblos indígenas.

Sobre los antiguos peruanos existen varias crónicas e historias interesantes. Los han tratado con obras especiales los cronistas Montesinos [1], Betanzos [2], Francisco de Jerez [3], Cieza de León [4], Agustín de Zárate [5], Fr. Reginaldo de Lizárraga [6], el Inca Garcilaso de la Vega [7], el padre Joseph de Arriaga [8]. Entre las historias generales de Indias donde también se les trata débese mencionar a las del padre Joseph de Acosta [9], Bernabé Cobo [10] y Guevara [11]. Indispensable es consultar la colección de informes y documentos oficiales publicados por Giménez de la Espada en las *Relaciones geográficas de Indias,* relativas al Perú [12], como asimismo las tres crónicas, de Santillán, un autor anónimo y Santacruz Pachacuti Yamqui, reunidas en un volumen titulado *Tres re-*

1. *Memorias antiguas historiales del Perú,* Madrid, 1882.

2. *Suma narración de los Ingas,* en la Biblioteca Hispano-ultramarina de M. Giménez de la Espada, Madrid, 1880.

3. *Verdadera relación de la conquista del Perú y provincia del Cuzco,* en *Historiadores primitivos de Indias,* Madrid, 1886, tomo II (Biblioteca Rivadeneyra, tomo XXVI), págs. 319-348.

4. *Op. cit.,* en *Historiadores primitivos de Indias,* ed. cit., tomo II, págs. 349-458.

5. *Op. cit.,* en *Historiadores primitivos de Indias,* ed. cit., tomo II, págs. 459-574.

6. *Descripción breve de toda la tierra del Perú, Tucumán, Río de la Plata y Chile,* en *Historiadores de Indias,* Madrid, 1909, tomo II (Nueva Biblioteca de autores españoles de M. Menéndez y Pelayo, tomo XV), págs. 485-660.

7. *Comentarios reales,* Madrid, 1829.

8. *Extirpación de la idolatría en el Pirú,* Lima, 1621.

9. *Historia natural y moral de las Indias,* Sevilla, 1590.

10. *Historia del Nuevo Mundo,* ed. moderna, Sevilla, 1891-1893.

11. *Historia general de las Indias,* en *Historiadores de Indias,* Madrid. 1852.

12. Madrid, 1875.

laciones de antigüedad peruana [1]. Entre todos esos autores se señalan, por su mayor veracidad y prolijidad, Montesinos y Cieza de León. El Inca Garcilaso de la Vega es quizá el más completo, especialmente en cuanto se refiere a las instituciones públicas y organización política del Imperio Incaico. Tiene, sobre los cronistas españoles, la ventaja de ser « un indio natural de aquellas tierras », y, además, príncipe imbuído en las tradiciones de su casta ilustre e inteligentísima. Gráficamente nos dice él mismo que « los historiadores españoles, como extranjeros, acortaron su relación, por no saber la propiedad de la lengua, ni haber mamado en la leche aquestas fábulas y verdades, como yo las mamé » [2]. No obstante su conocimiento y lealtad, se ha observado en Garcilaso marcada tendencia a exagerar los méritos de las instituciones incaicas, a disimular sus deficiencias y a compararlas un tanto artificiosamente con las españolas [3]. Excelente fuente moderna para corregir algunos de esos lunares es Prescott [4], quien lo hace con hondo sentido crítico y eruditísimo conocimiento de la materia.

Sobre los Araucanos, por el carácter de su civilización y las circunstancias especiales de su conquista, hay buenas y abundantes fuentes de información [5]. Entre los trabajos modernos, merecen especial mención los de Tomás Guevara [6]. Este autor ha sabido

1. Madrid, 1879.

2. GARCILASO DE LA VEGA, *op. cit.*, tomo I, pág. 21.

3. PRESCOTT, *op. cit.*, tomo I, págs. 58, 64, 68, 103, 114. VICENTE G. QUESADA, *Crónicas potosinas,* París, 1890, tomo I, pág. 446. RICARDO PALMA, *Tradiciones peruanas,* Barcelona, 1893, tomo I, pág. 246.

4. *Op. cit.* tomo I, pág. 23-183.

5. Esas fuentes han sido prolijamente publicadas en la *Colección de historiadores y documentos relativos á la historia nacional* (de Chile), que principió a aparecer en Santiago de Chile en 1862, bajo la dirección de Diego Barros Arana, y continúa hasta el presente, bajo la de José Toribio Medina. Comprende á todos los cronistas importantes de ese antiguo reino, desde Pineda y Bascuñan hasta Molina y Pérez García.

6. *Historia de la civilización de Araucanía,* Santiago de Chile ; *Costumbres judiciales i enseñanza de los Araucanos,* Santiago de Chile, 1904 ; *Sicolojía*

utilizar el prolijo estudio de los cronistas, largos años de observaciones personales *in situ,* el conocimiento de la lengua araucana y una vasta información científica y sociológica.

§ 5

ANTIGÜEDAD Y ORIGEN DEL HOMBRE AMERICANO

Mucho se ha discutido y se discute acerca del origen y procedencia de los indígenas americanos. Opinión común es que vinieron del Asia, ya atravesando el estrecho de Bering, ya el océano Pacífico [1]. Básase tal opinión en dos hipótesis : la de que el Nuevo Mundo se poblara después que el Viejo, y la de que, cuando se pobló, la configuración geográfica de la tierra era la misma actual o semejante.

De estas dos hipótesis, la primera resulta dudosa, dado que en América se han encontrado utensilios y huesos humanos de remotas épocas geológicas. La antigüedad del hombre americano es quizá comparable a la del hombre del Viejo Mundo. Cierto que no se ha probado, como en Europa, que existiera desde la época terciaria, ese sér, hombre u homosimio, bastante inteligente para hacer fuego y usar instrumentos paleolíticos; pero está fuera de

del pueblo Araucano, Santiago de Chile, 1908 ; *Los Araucanos en la revolución de la independencia,* Santiago de Chile, 1910 ; *Folklore araucano,* Santiago de Chile, 1911.

1. Entre los cronistas españoles hubo quienes los creían « hijos de los chinos navegantes del Pacífico » ; otros, « procedentes de los pueblos septentrionales del Asia, emigrados o arrojados por alguna tempestad » ; aun no faltaba quien los supusiera « descendientes de los judíos que fueron trasladados en tiempo del rey Oseas á tierras hasta ahora desconocidas, después de un viaje de diez y ocho meses de camino... » TECHO, *op. cit.*, tomo I, pág. 116.

Acosta dedica un capítulo a demostrar que no « pasó el linaje de los indios por la isla Atlántida, como algunos imaginan », y otro, para convencer al lector « que es falsa la opinión de muchos que afirman venir los indios del linaje de los judíos... » ACOSTA, *op. cit.*, tomo I, págs. 102-110.

discusión que existió por lo menos desde la época cuaternaria [1]. Aunque las grandes civilizaciones de la América precolombiana, sobre todo la incaica y la azteca, son en muchos siglos posteriores a las de Asia, África y Europa, el hombre parece haber vivido largas épocas geológicas en América, como estacionado, sin llegar siquiera al estadio inferior de la barbarie.

En los Estados Unidos de Norte América, al correr la segunda mitad del siglo XIX, han sido abundantes los hallazgos paleoantropológicos de Abbot, Metz, Cresson, Volk y otros [2]. En México, Franco y Pinart han encontrado útiles paleolíticos [3], y Herrera fragmentos de una mandíbula humana asociados a útiles cuaternarios [4]. En el Brasil, á los bordes del lago Lagoa-do-Sumidoro (provincia de Mina Geraes), Lund exhumó esqueletos humanos, asociados con restos de animales, sino cuaternarios, al menos que no existen en el país actualmente [5].

En la República Argentina, Ameghino afirma que ciertos restos humanos encontrados en las pampas, proceden de formaciones geológicas que llama «justpampeana» y «pampeana», tomando aquélla como cuaternaria y ésta como plioceno [6]. Lehmann-Nitsche, a nuestro juicio con mejor fundamento, no acepta el «postpampeano» de Ameghino sino como de formación reciente, y el «pampeano», sino como posiblemente cuaternario [7]; en tal caso, resulta

1. DENIKER, *Races et peuples de la Terre,* París, 1900, pág. 584.

2. Citados por DENIKER, *op. cit.,* pág. 585.

3. HAMY, *Anthropologie du Mexique,* París, 1884, pág. 11. Citado por DENIKER, *op. cit.,* pág. 587.

4. H. HERRERA, *Proced. Am. Ass. Adv. Sc.,* Madisson, 1893, págs. 42 y 313. Citado por DENIKER, *op. cit.,* págs. 587.

5. DENIKER, *op. cit.,* pág. 587.

6. F. AMEGHINO, *Contribución al conocimiento de los mamíferos fósiles de la República Argentina,* Buenos Aires, 1889, pág. 85. Véase *La antigüedad del hombre en el río de la Plata,* París-Buenos Aires, 1880.

7. R. LEHMANN-NITSCHE, *El cráneo fósil de Arrecifes,* Buenos Aires, 1907, pág. 7. Véase R. LEHMANN-NITSCHE, *Nouvelles recherches sur la formation*

que, por lo menos procedentes de este período cuaternario, se han encontrado restos humanos en las pampas. Outes halla, no precisamente tales restos, pero sí instrumentos pertenecientes al cuaternario patagónico [1].

Si no puede asegurarse a ciencia cierta que los indígenas americanos sean en verdad autóctonos del Nuevo Mundo, la aparición del hombre es aquí probablemente anterior al período cuaternario. Resuelta así la primera de las dos hipótesis más arriba planteadas, resuélvese con mayor fundamento la segunda. La idea de que los indígenas del Extremo Oriente, para poblar la América, hayan atravesado el estrecho de Bering, «cuando se hiela», o el mar Pacífico, de isla en isla, navegando en sus frágiles piraguas, es doblemente absurda. Lo es, no sólo por la imposibilidad material de tan arriesgadas migraciones, sino también, y muy especialmente, porque el estrecho de Bering y el mismo océano Pacífico no han existido en aquellas épocas remotas con su actual configuración geográfica.

«Colocaos de un globo geográfico, dice Ameghino, dirigid la vista alternativamente sobre ambos hemisferios, norte y sur. Apercibiréis que las grandes masas continentales encuéntranse al norte de la línea ecuatorial, mientras que el hemisferio sur aparece cubierto por un vasto océano, del que surgen tierras aisladas de escasas dimensiones, y en el cual penetran, en forma de penínsulas triangulares, prolongaciones de la masa continental ártica. En los últimos tiempos de la era mesozoica, durante la época cretácea, la distribución de las tierras y las aguas era precisamente inversa de la actual; entonces, al norte de la línea ecuatorial extendíase un vasto océano poblado de islas, y al sur una gran masa

pampéenne et l'homme fossile de la République Argentine, Recueil des contributions scientifiques de MM. C. Burckhardt, A. Doering, J. Fruch, H. von Ihering, H. Leboucq, R. Lehmann-Nitsche, R. Martin, S. Roth, W. B. Scott, C. Steinmann et F. Zirkel, Buenos Aires, 1907.

1. F. F. Outes, *La edad de la piedra en la Patagonia,* Buenos Aires, 1905, pág. 273.

continental. Ésta se extendía, englobando o comprendiendo la parte meridional de la América del Sur, del África al Oriente, y se prolongaba, a través de la región polar antártica, hasta Australia y Nueva Zelandia... Sobre ese antiquísimo continente, a mitad de la época cretácea, prosperaba una flora de aspecto tropical y una fauna variadísima. Sobre ese continente desarrollábanse también los mamíferos en formas sucesivas de más en más diversificadas... Al principio de la época terciaria, las tierras septentrionales, al norte del Ecuador, de insulares transformáronse en continentales [1]. » Con todo ello establece Ameghino que « el territorio hoy argentino, en su parte mediterránea, que constituye por decir así el esqueleto del macizo del noroeste, lo mismo que las sierras aisladas de la llanura, es un suelo emergido desde las épocas geológicas más remotas ; existía en la época azoica, anteriormente a la época paleológica, es decir, antes de la aparición de la vida sobre la tierra » [2].

La antropología moderna no trata ya de establecer un origen indomalayo o mongólico a los indígenas americanos. Más bien forma con ellos una sola y gran familia. « Aislados esos indígenas del resto del mundo probablemente desde el fin del período cuaternario, constituyen un grupo de razas americanas que se puede considerar aparte... Sin embargo no existe más que un solo rasgo común en esas razas americanas : el color de la piel, cuyo fondo es amarillo. Esto parecerá en contradicción á la opinión corriente, según la cual los americanos constituirían una « raza roja », y no obstante es la expresión de la verdad. Ninguno de los pueblos del Nuevo Mundo tiene la piel del color rojo, a menos que no sea pintada, lo que ocurre a menudo. Aun el tinte rojizo de la piel, semejante por ejemplo al de los Ethiopes, no se encuentra más que en los mestizos. Todas las poblaciones de América presentan matices diversos de la coloración amarilla, estos matices pueden va-

1. AMEGHINO, *Paleontología Argentina*, La Plata, 1904, pág. 56.
2. *Ibid.*, pág. 5.

riar del amarillo pardo obscuro al amarillo verdoso o pálido. El color de la piel, así como los cabellos lacios, común á la gran mayoría, mas no a todos los indígenas americanos, los aproxima a las razas mongólica y ougriana; pero otros caracteres, como la nariz prominente, a menudo convexa, y los ojos derechos, los alejan de esas razas [1]. »

Esa vasta familia de pueblos americanos se ha dividido, geográfica y étnicamente, en cinco razas: norteamericana, centroamericana, sudamericana y patagónica. La última, grande, braquicéfala, de color pardo obscuro, tiene sus representantes entre los actuales Patagones y ciertos pueblos del Chaco y los Pampas [2].

§ 6

CLASIFICACIÓN ETNOGEOGRÁFICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Tan vagos e inseguros son los datos antropológicos y lingüísticos de los pueblos indígenas precolombianos de esta parte del continente, que sería aventurada y conjetural cualquier clasificación de ellos en grupos o familias. Los nombres de las razas y tribus resultan variables, a punto de que muchas veces los cronistas y viajeros los dan múltiples y distintos para una misma entidad.

Lo más prudente al respecto parécenos clasificarlos de acuerdo con las regiones que ocuparon, sin excluir por ello los descubrimientos lingüísticos y arqueológicos, que serán, en definitiva, los antecedentes indispensables para la futura clasificación étnica de los pueblos indígenas de América. Por el momento nuestra clasificación es ecléctica. Tomamos como base la posición geográfica de los distintos pueblos, y tratamos de agrupar las parcialidades

1. Deniker, *op. cit.*, pág. 593
2. *Ibid.*, pág. 347.

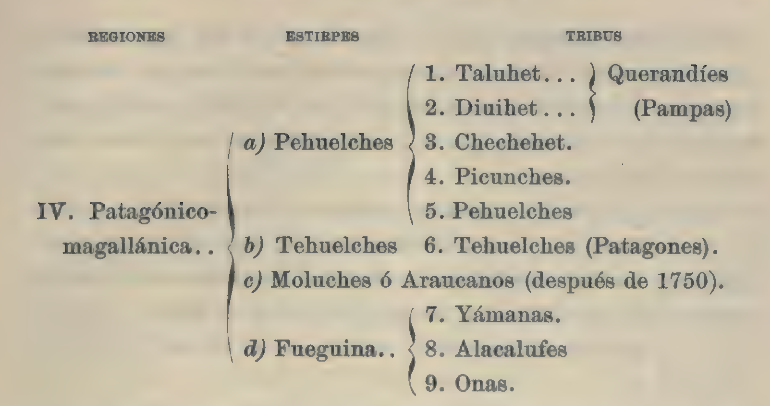
étnicas valiéndonos de sus relaciones lingüísticas, en cuanto ha sido posible establecerlas. Finalmente, agregamos la prueba arqueológica, según la escasa información de que disponemos.

Nos encontraríamos así con cuatro grupos geográficos, que nos dan el siguiente cuadro [1]:

REGIONES	ESTIRPES	TRIBUS
I. Cuenca del río de la Plata	*a)* Guayaná	1. Arechanes.
		2. Tapes.
		3. Cariyóes.
		4. Mocoretáes (?).
	b) Guaraní	5. Caingangues ó coroados.
		6. Camées.
		7. Bugres.
		8. Ingaines.
	c) Chaná (Charrúa)	9. Chaná-mbeguáes.
		10. Chaná-timbúes.
		11. Corondas.
		12. Quiloasas.
		13. Minuanes.
		14. Yaros.
	d) Payaguá	15. Mepenes.
		16. Caracaráes.
		17. Capesacos.
		18. Agaces.

1. El cuadro ha sido construído, á solicitud del autor, por el profesor Salvador Debenedetti. Sintetiza las conclusiones de los más recientes estudios de etnografía, lingüística y arqueología de esta parte del continente americano.

REGIONES	ESTIRPES	TRIBUS
II. Central....	*a)* Guaycurú	1. Abipones.
		2. Mocovíes.
		3. Tobas.
		4. Mbayáes.
		5. Caduveos.
	b) Mataco-mataguaya	6. Matacos.
		7. Chorotes.
		8. Chunupíes.
	c) Lengua..........	9. Lenguas « antiguos ».
		10. Mataráes (?).
	d) Sanavirona	11. Sanavironas.
	e) Comechingona....	12. Comechingones.
		13. Indamas (?).
III. Andina..	*a)* Atacameña.......	1. Atacameños.
		2. Cochinocas.
		3. Casabindos.
		4. Lipes (?).
	b) Humahuacas......	5. Humahuacas.
	c) Cacano-diaguitas ..	6. Calchaquíes.
		7. Abaucanes.
		8. Quilmes.
		9. Amaichas.
		10. Hualfines.
		11. Acalianes.
		12. Pulares.
		13. Saujiles.
		14. Famatinas, etc., etc.
	d) Jurí-tonocoté.....	15. Lules.
		16. Viletas.
		17. Guachipas.
	e) Huarpe (Allantiac).	18. Huarpes.



REGIONES	ESTIRPES	TRIBUS	
IV. Patagónico-magallánica. .	*a)* Pehuelches	1. Taluhet. . .	Querandíes (Pampas)
		2. Diuihet . . .	
		3. Chechehet.	
		4. Picunches.	
		5. Pehuelches	
	b) Tehuelches	6. Tehuelches (Patagones).	
	c) Moluches ó Araucanos (después de 1750).		
	d) Fueguina. .	7. Yámanas.	
		8. Alacalufes	
		9. Onas.	

Esta división es suficientemente lógica, y, como veremos más adelante, hasta cierto punto conforme al estado cultural medio de los pueblos que la componen. Los del primero y segundo grupo vivían en la época de transición del salvajismo a la barbarie. Los del tercero, especialmente los Calchaquíes, en época ya francamente bárbara. Los del cuarto, todavía en pleno salvajismo.

Tocante a los pueblos de la cuenca rioplatense, entre Schmidel, el padre Lozano y Azara enumeran más de cincuenta, naturalmente sin intentar siquiera el agruparlos en familias antropológicas o lingüísticas. Muchos de esos pueblos, la mayor parte, eran tribus reducidas, acaso simples ramificaciones. En este punto hay enorme confusión, hasta de nomenclatura. Ello puede explicarse si se considera que esta región de América, en época precolombiana, ofreció el fenómeno que llamaremos de *conjunción* o *confluencia* de razas distintas del continente, atraídas por la feracidad del suelo y la benignidad del clima. Era ya entonces, como diríamos ahora, una especie de *país de inmigración,* y esta inmigración se efectuó sin duda costeando los grandes ríos y el litoral atlántico.

Forman parte del cuarto grupo, entre los pueblos indígenas del sur, los Araucanos, cuya entrada definitiva en la Patagonia pa-

rece haberse efectuado en la segunda mitad del siglo XVIII [1]. Aunque la mayor parte de las tribus de ese pueblo tenían sentados sus reales allende los Andes, en el reino de Chile, puede considerarse como probable que sus influencias se extendieron a las pampas patagónicas.

Hay, sin embargo, quien lo niega. « Es bueno repetir, se dice en un voluminoso y anónimo libro chileno, que el Araucano de pura raza no ha existido en los tiempos históricos sino entre el Aconcagua i el Valdivia, i ya mezclado hasta el Bueno, i que jamás ha llegado a la cima de la cordillera, ni menos a la Pampa arjentina [2]. »

En punto a migraciones de razas prehistóricas vecinas es muy difícil fijar con seguridad sus itinerarios y contactos, belicosos o pacíficos. Las opiniones más autorizadas en la materia aceptan la existencia, sobre todo precolonial, de « Araucanos argentinos » [3]. El padre Falkner emplea muchas palabras araucanas para designar a los indios Patagones [4]. D'Orbigny designa a los Patagones del norte con el nombre araucano de Tehuelches [5]. Tomás Guevara es también de esa opinión, considerando Araucanos a los indios Pehuenches del lado argentino [6].

De hecho, los Araucanos pampeanos, o, mejor dicho, patagónicos, deben ser incluídos en el cuarto grupo, puesto que fué en el

1. T. FALKNER, *A description of Patagonia and the adjoining parts of South America,* Hereford, M.DCD.LXXIV, págs. 96-114.

2. *Raza chilena, Libro escrito por un chileno y para los chilenos,* Valparaíso, 1904, pág. 198. Según nuestras informaciones, el autor del libro es Nicolás Palacios, quien ha gozado de popularidad en su patria.

3. Usa la expresión FÉLIX F. OUTES, *La edad de piedra en Patagonia,* Buenos Aires, 1905, pág. 240.

4. *Ibid.,* pág. 240.

5. A. D'ORBIGNY, *Voyage dans l'Amérique méridionale,* 1839-43, tomo II, pág. 95. OUTES, *op. cit.,* pág. 241.

6. T. GUEVARA, *Los Araucanos en la Revolución de la Independencia,* Santiago de Chile, 1910, mapa intercalado entre las págs. 2 y 3.

sur donde se radicaron. Pero es el caso que conocemos poco de las costumbres e instituciones de esos Araucanos pampeanos y patagónicos. Por eso resulta preferible estudiar a los chilenos. Es, sin embargo, probabilísimo que los Patagones de este lado de los Andes se hallaban, respecto de los Araucanos que habitaban el otro lado, en un estado inferior de cultura. « Las tribus más atrasadas eran las que habitaban los valles andinos o los Pehuenches, los cuales, por el aislamiento o por carecer de los recursos agrícolas del centro y el litoral, llevaban una vida menos holgada y sedentaria [1]. » Esto, que dice Tomás Guevara de los Araucanos del tiempo de la Independencia, puede hacerse extensivo a los tiempos del coloniaje, si se compara con lo afirmado por cronistas y viajeros anteriores al siglo XVIII.

Sea lo que fuere respecto á la mayor o menor extensión de la estirpe araucana en las pampas, no podemos considerarla, por su tipo físico, costumbres, arqueología y lengua, como completamente extraña a los pueblos indígenas de que aquí tratamos. Su estudio, aunque no fuera más que como término de comparación con los pueblos que diríanse nuestros, tiene singular interés, pues los Araucanos representan en cierto modo una inmediata superevolución de la antigua cultura de algunos pueblos indígenas que habitaron solamente aquende los Andes. Además, habiendo sido aquéllos mejor observados por los cronistas, las fuentes de información son relativamente más abundantes y precisas, lo cual proporciona indiscutible ventaja para nuestras investigaciones.

En el grupo de los Patagones, nombre que otorgó Magallanes en 1520 a los indígenas de la parte meridional del continente sudamericano, se comprenden probablemente distintos pueblos y razas. Dando así a la denominación un carácter genérico, corresponde separar á esos Patagones o Tehuelches, por el norte y el noroeste, de los Puelches, y, por el sur, de los Fueguinos. Los cronistas y viajeros nos dan de ellos datos un tanto vagos y gene-

1. *Ibid.*, pág. 15.

rales. En realidad, no se detuvieron largo tiempo en aquel territorio inhospitalario, ni se establecieron en él misiones permanentes.

Comprendiendo bajo la denominación genérica de Patagones a los diversos pueblos indígenas que habitaban el territorio que hoy lleva su nombre, podemos conceder entero crédito a las descripciones del padre Falkner. Parecen las más completas y verosímiles, no sólo por su estilo y tendencia, sino también porque concuerdan en lo substancial con las de Antonio de Viedma, Alcides D'Orbigny y otros. En todo caso, reconoce Falkner que esos pueblos por él descriptos hablaban distintos idiomas [1]; tal vez eran también diversos en sus caracteres étnicos. Sus semejanzas estaban, en general, en sus ideas y costumbres, y éste es, por cierto, el punto que mayormente nos interesa. De acuerdo con el padre Falkner, D'Orbigny divide a los Patagones en dos grupos, los del norte y los del sur, designando a aquéllos con el nombre araucano de Tehuelches y a éstos con el de Inaken [2].

Tratamos, en cambio, muy ligeramente los otros pueblos indígenas de la estirpe fueguina, pues sólo hemos encontrado a su respecto datos sueltos y muchas veces de dudosa veracidad. Sus usos no ofrecen especial interés, desde que se hallaban, y se hallan aun, en el estadio inferior del salvajismo [3]. El clima y el ambiente son poco propicios para el desarrollo de su mentalidad. Darwin tuvo ocasión de observar con detenimiento, en 1832, a indios Fueguinos de las tribus Onas, y le impresionaron por su estupidez supina, bestial. « Este fué, sin duda, dice, el espectáculo más curioso e interesante a que he asistido en mi vida. No me figuraba cuán enorme diferencia es la que separa al hombre salvaje del hombre civilizado ; diferencia, en verdad, mayor que la que existe

1. *Op. cit.,* págs. 132-143

2. D'Orbigny, *op. cit.,* tomo II, pág. 95. Citado por Outes, *op. cit.,* pág. 240.

3. R. Dabbene, *Los indígenas de la Tierra del Fuego,* Buenos Aires, 1911.

entre el animal silvestre y el doméstico, lo que se explica por ser susceptible el hombre de realizar mayores progresos [1]. »

§ 7

LA INFLUENCIA INCAICA Y AYMARÁ

Punto interesante y complejo de resolver es si debe incluirse en el cuadro general de los pueblos indígenas que ocuparon el territorio argentino al quichúa, estudiando la civilización peruana y su posible influencia en el Río de la Plata. Leyenda generalizadísima en nuestra literatura es la de una dominación incaica precolonial, de la cual pudiera desprenderse indirectamente nuestra moderna civilización. Ya los poetas de la Revolución invocaban los manes de Guatemocín y Atahualpa. En el mismo Himno Nacional se hace participar a las almas de los Incas del noble ardor de la guerra de la Independencia [2]. La tendencia tradicionalista de la literatura de nuestros tiempos ha insistido sobre la significación e importancia de los rastros que en este suelo dejara la cultura quichúa [3]. No falta autor que se enorgullezca de ese «noble origen». Así, en los tratados y manuales de historia y sociología, corre la opinión común de que, en la época precolonial, la dominación incaica se extendió hacia el sur hasta los territorios que hoy ocupan las provincias argentinas de San Juan y Mendoza, y aun hasta las orillas del río Paraná, a la altura en que actual-

1. Darwin, *Mi viaje alrededor del mundo,* trad. esp., Valencia-Madrid, tomo I, pág. 207.

2. López y Planes, *Himno Nacional Argentino,* estrofa 2ª :

Se conmueven del Inca las tumbas
y en sus huesos revive el ardor,
lo que ve renovando á sus hijos
de la patria el antiguo esplendor.

3. J. V. González, *La tradición nacional,* Buenos Aires, M. DCC. LXXXVIII, págs. 47-64.

mente se levanta la ciudad del Rosario [1]. Básase tal opinión en la existencia de ruinas que revelan sin duda una civilización superior a la de los pueblos indígenas de esta parte meridional del territorio, como las del llamado Camino de los Incas, que cruza las provincias andinas de la República Argentina. Se atribuyen a una anterior dominación incaica. También sirve de fundamento á esa idea el hecho de que hasta nuestros días se hable el quichúa en la población de la provincia de Santiago del Estero. Habría así una doble prueba, arqueológica y lingüística.

Nosotros no creemos que los Incas pasaran la frontera boliviana. En la época de la conquista española, los Calchaquíes y otros belicosos pueblos indígenas les cerraban en sus valles las puertas del territorio ahora argentino. Las ruinas que se suponen incaicas, como hemos podido observarlo personalmente, sobre todo el llamado Camino de los Incas, tienen viva semejanza con las de Tiahuanaco, y son probablemente restos grandiosos de una conquista aymará preincaica.

Sobre la introducción del idioma quichúa en la región del Tucumán, Garcilaso de la Vega trae una extraña leyenda. Dice que los indios de esa región, los Lules, enviaron una embajada al Inca Viracocha, para que los iniciase en la civilización, ofreciéndole voluntariamente su vasallaje. Aceptado el ofrecimiento, transportóse la lengua quichúa a esa región aislada del Imperio, que quedaba a unas cuatrocientas leguas del lugar, a punto de que los Lules abandonaron la suya, adoptando las de sus pacíficos dominadores [2]. Esta peregrina explicación del curioso fenómeno filológico, aunque ha sido adoptada por autores serios [3], nos resulta una fábula, si bella, científicamente improbable. El hecho se explica por otros antecedentes y circuntancias.

1. López, *Historia de la República Argentina,* Buenos Aires, 1883, tomo I, págs. 90-132.

2. Garcilaso de la Vega, *op. cit.,* tomo I, págs. 411-414.

3. P. Groussac, *El viaje intelectual,* Madrid, 1904, págs. 64-65.

La palabra Lules ha servido para designar diversas tribus y pueblos, generalmente belicosos, que mal podían avenirse a una dominación pacífica [1]. No hay ni rastros de que precisamente alguna de esas agrupaciones substituyera jamás su idioma por el quichúa. Aun en nuestros días, los modernos Lules hablan una lengua distinta del idioma del Cuzco [2].

Harto diversamente de lo que Garcilaso cuenta debió introducirse el quichúa en la región de Santiago del Estero. Parece que lo aportaron los misioneros españoles, para adoctrinar á un grupo de esos indios Lules, ya a los Juríes [3], ya a los Mataláes o

1. Los Lules del P. Bárcena, según su carta de 8 de septiembre de 1594; los Lules del P. Techo y Lules-Solisitas del P. Possino; los Lules modernos o de Machoni, descriptos en el prólogo de su *Arte y Vocabulario de la lengua lule y tonocoté*. Véanse GIMÉNEZ DE LA ESPADA, *Relaciones geográficas de Indias,* Madrid, 1885, tomo II, apéndice III, págs. LII-LXVI; P. A. MACHONI DE CERDEÑA, *Arte y vocabulario de la lengua lule y tonocoté,* Madrid, 1732; y P. A. CABRERA, *Ensayo sobre etnología argentina, Los Lules,* Córdoba, 1910.

Sobre el P. Alonso o Alfonso de Bárcena o Varzana y sus Lules, véase S. A. LAFONE QUEVEDO, *Los Lules,* en el *Boletín del Instituto Geográfico,* Buenos Aires, 1854, tomo XV, págs. 185-246; *Arte de la lengua toba por el P. Alonso de Bárcena,* en la *Revista del Museo de la Plata,* La Plata, 1893, tomo V, págs. 129-184; *Vocabulario castellano-toba-inglés, fundado en el vocabulario del P. A. de Bárcena,* en la *Revista del Museo de La Plata,* La Plata, 1899, tomo IX, págs. 253-332.

2. Véase MACHONI DE CERDEÑA, *op. cit.,* citado por CABRERA, *op. cit.,* págs. 75-88.

3. Oviedo describe a los Juríes y a otros indios « a manera de Juríes » como pobladores primitivos del Tucumán. OVIEDO, *op. cit.,* tomo IV, págs. 263-267.

El licenciado Juan de Matienzo, oidor de la Real Audiencia de Charcas en el siglo XVI, dice que los Juríes poblaban la región de Santiago del Estero. MATIENZO, *Gobierno del Perú,* Buenos Aires, 1910, pág. 189. Esos indios Juríes, o Jures, ¿ serán los Lules de Bárcena? El padre Cabrera resuelve la cuestión diciendo que « los Juríes de Oviedo y los Lules de Bárcena constituyen una identidad léxico-etnológica, y designan, no una nación simplemente, sino un *colluvio gentium,* o sea un bloque de entidades étnicas distintas ». CABRERA, *op. cit.,* pág. 119. Parece que algunos grupos han sido preferentemente llamados Juríes, y otros Lules. También, a veces, se

Mataráes, o bien a cualquier rama de la familia diaguito-calchaquí. No era siempre empresa factible la de enseñar á los indios el castellano, idioma complejo y adelantado. Más fácilmente aprendían otro idioma indígena, ya conocido por los misioneros. Así introdujeron estos el quichúa en ciertos indios tucumanos (Juríes, Lules o Mataláes), de modo que esos indios acaban por olvidar su propia lengua, para hablar el blando y cantante idioma del Cuzco. Fueron, pues, los españoles, en la época colonial, y no los Incas, en la precolonial, quienes lo trajeron á estas tierras. Hecho semejante ocurrió con el idioma guaraní, que se habla aún en la provincia de Corrientes, a pesar de que allí no fuera hablado antes de la conquista. Ese territorio estaba ocupado por otros pueblos indígenas, los Chanáes, y quizás también por los Charrúas [1]. El idioma guaraní debió ser importado por los jesuítas, á las misiones que fundaran en el norte de Corrientes, y asimismo por indios tránsfugas de las misiones vecinas. Y es de notarse que, de los idiomas indígenas de la América del Sur, son el quichúa y el guaraní, por su índole y difusión, los que mayormente hablaron, generalizaron, escribieron y perfeccionaron los misioneros católicos.

No obstante el desconocer la dominación incaica precolonial, no faltan razones para incluir en esta obra algunas referencias a la vigorosa civilización de los Incas. En cierta manera, débese

usa la primera designación como nombre genérico y la segunda como específico. En todo caso, esos indios no han sufrido dominación incaica, ni pacífica, ni guerrera. Aun la influenca incaica, o mejor dicho aymará, de la civilización misteriosa y lejana de Tiahuanaco, esto es, preincaica, ha de haber sido allí bien indirecta, tanto por la región que habitaban esos indígenas en la época de la conquista, cuanto por su estado de cultura, y quizá también por su lengua.

1. S. A. Lafone Quevedo, *La raza pampeana* y *la raza guaraní,* en la *Primera reunión del Congreso Científico Latino-Americano,* Buenos Aires, 1900, tomo v, págs. 88-89 ; *Etnología argentina,* en *La Universidad de la Plata en el IV Congreso científico (1er panamericano),* Buenos Aires, 1909, pág. 214 ; *Los indios Chanases y su lengua,* en el *Boletín del Instituto Geográfico Argentino,* Buenos Aires, 1897, tomo XVIII, mapa étnico del Río de la Plata, pág. 147.

admitir que las instituciones peruanas representan una especie de superevolución de las instituciones aymaráes, a las cuales no se puede negar toda influencia, directa o indirecta, sobre algún pueblo indígena del grupo andino y septentrional, como los Calchaquíes. Pudo no haber conquista y dominación incaica; pero sí influencia de esa cultura, o de otra antigua que también influyó a su vez en ella. Sobre esa cultura de Tiahuanaco, probablemente aymará, que debió irradiar tanto hacia el territorio hoy peruano como hacia el argentino, carecemos de datos suficientemente precisos y abundantes. Tenémoslos en cambio de la cultura incaica, a punto de que sólo a través de ésta se vislumbra algo de lo que debió ser aquélla. De ahí la necesidad de substituir las referencias a la civilización preincaica por las relativas á la civilización incaica. Por otra parte, el conocimiento de la más alta cultura sudamericana observada por los españoles al tiempo de la conquista ofrece un genérico interés sociológico. Podrá servirnos de necesario apoyo y término de comparación para el estudio de las instituciones de los otros pueblos indígenas, por cierto harto menos adelantados.

« En lo que se refiere a la influencia que pudo ejercer Tiahuanaco sobre las viejas culturas del noroeste argentino, habrá que tomar como base las exploraciones arqueológicas, porque los cronistas e historiadores de Indias nada dicen al respecto. Pero, si hemos de dar crédito a una noticia que nos suministra Montesinos, tendremos que dejar sentado que los Chancas, de estirpe aymará, dominaron la provincia del Collao y llegaron hasta la tierra de los Chiriguanos [1]. Sería ésta una explicación de cómo los Aymaráes, probables autores de la civilización de Tiahuanaco, ocuparon toda la altiplanicie boliviana y llegaron a las tierras cálidas de la frontera norte argentina; y si, como opina el citado cronista, los Chancas hicieron vasallos á los Chiriguanos, nada más natural que éstos recibieran la influencia directa de la

1. MONTESINOS, *Memorias antiguas historiales del Perú*, Madrid, 1882, pág. 29.

cultura que traían consigo los invasores. Esta afirmación de Montesinos se encuentra también consignada en Garcilaso, cuando asegura que los Chiriguanos volvieron a la barbarie porque la conquista incaica no llegó hasta ellos [1]. Vemos, pues, que la influencia de la cultura de Tiahuanaco, en su natural expansión, llegó en una época hasta las actuales fronteras de la República Argentina. Si la conquista no pasó de allí, fué por la tenaz oposición de las tribus que ocupaban entonces el Chaco, y por la desigualdad de ambiente, al cual los Aymaráes ni se adaptaban ni lo hubieran conseguido [2]. »

Oportuno es recordar que la civilización de Tiahuanaco es muy anterior á la de los Incas. A ésta se le calculan apenas unos cuatro o cinco siglos de existencia á la llegada de los españoles; en cambio, la antigüedad de aquélla es remotísima. Ya lo notaron los cronistas [3]. Calculando los tiempos según las capas geológicas y el descenso paulatino del lago Titicaca, así como por la orientación de las ruínas, se cree ahora que la civilización de Tiahuanaco sea una de las más antiguas, sino la más antigua de América. Posnansky llega á sostener que en el altiplano andino han tenido su origen todas las grandes civilizaciones precolombianas, del Perú, Ecuador, Colombia, Yucatán y México [4]. La destrucción de

1. GARCILASO, *op. cit.*, tomo I, pág. 33.

2. DEBENEDETTI, *Influencia de la cultura de Tiahuanaco en el noroeste argentino*, Buenos Aires, 1912, pág. 13.

3. « Yo la tengo para mí esta antigualla por la más antigua de todo el Perú, dice Cieza de León, por las ruinas de Tiahuanaco ; y así se tiene que antes que los ingas reinasen, con muchos tiempos, estaban hechos algunos edificios destos ; porque yo he oído afirmar a indios que los ingas hicieron los edificios grandes del Cuzco por la forma que vieron tener la muralla o pared en este pueblo ; y aun dicen más, que los primeros ingas platicaron de hacer su corte y asiento della en este Tiahuanaco. » CIEZA DE LEÓN, *op. cit.*, pág. 446.

4. POSNANSKY, *Guía general ilustrada para la investigación de los monumentos prehistóricos de Tiahuanaco e Islas del Sol y la Luna*, La Paz, 1912, pág. 51

esa cultura de Tiahuanaco y la mortal degeneración en que fué hallada en la altiplanicie la raza aymará se explicarían por una serie de grandes cataclismos, conmociones sísmicas, erupciones volcánicas e inundaciones, que destruyeron parte de los lagos y levantaron poco a poco considerablemente el nivel de la tierra. El país antes tan feraz y de benigno clima fué por grados convirtiéndose en estéril e inhospitalario peñascal, donde la raza humana debió hallarse en las más deplorables condiciones [1].

§ 8

ESTADO CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La mayor parte de los pueblos indígenas del Río de la Plata se encontraban, al llegar los españoles, en un estadio cultural de salvajismo, aunque á veces parezca de transición hacia la barbarie. Vivían de la caza y la pesca ; eran nómadas y usaban del fuego. Sus creencias, mejor dicho, sus supersticiones eran groseramente fetichistas. Sin embargo, parece que con frecuencia profesaban una idea confusa, no diremos de la inmortalidad del alma, más bien de una prolongación de la vida posterior a la muerte corporea. No tenían instituciones religiosas bien caracterizadas ; sólo respetaban y temían á sus hechiceros y agoreros, quienes hacían naturalmente de físicos. Algunos pueblos, particularmente los de estirpe guaraní, practicaban la agricultura, fabricaban alfarerías regularmente finas y distintos objetos de piedra, hueso y madera.

Las tribus que habitaban la cuenca ríoplatense se hallaban en lo que generalmente se llama el *estadio superior del salvajismo*. « Principia este estadio por la invención del arco y la flecha, merced a los cuales la caza llega á ser un alimento creciente, y el

1. *Ibid.*, pág. 50.

cazar una de las ramas habituales del trabajo. El arco, la cuerda y la flecha forman ya un instrumento muy complejo, cuya invención supone una larga experiencia acumulada y facultades mentales superiores, a la vez que el conocimiento simultáneo de otra multitud de inventos. Si se comparan los pueblos conocedores del arco y de la flecha, mas no del arte de la alfarería (del cual deriva Morgan el tránsito a la barbarie), hallaremos ya algunos comienzos de residencias fijas en aldeas, cierto dominio de la producción de los medios de vida, vasijas y utensilios de madera, el tejido a mano (sin ayuda de telares) con fibras de cortezas, cestas trabajadas con juncos, armas de piedra pulimentada (neolíticas). Además, el hacha y el fuego han producido la piragua [1]. » En ese estado encontró Morgan, en Norte América, a los Iroqueses. En él estaban indudablemente los Pampas y Charrúas ; los Guaraníes, a nuestro juicio, eran algo más adelantados.

El *estadio inferior de la barbarie* se caracteriza por el uso de la alfarería, el cultivo de los cereales y la domesticación del ganado. En él se hallaban algunas estirpes del interior, especialmente la sanavirona y todas las de la tercera región [2].

Ahora bien, según regla general de la sociología moderna, al estadio superior del salvajismo y al estadio inferior de la barbarie corresponde una cierta transición, una forma ecléctica diremos, ya

1. F. ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats*, 13ª ed., Stuttgart, pág. 3.

2. Véanse SAMUEL A. LAFONE QUEVEDO, *Tipos de alfarería de la región Diaguito-Cacana* en la *Revista del Museo de La Plata*, Buenos Aires, tomo XV (Segunda serie, tomo II), pág. 295 y siguientes ; JUAN B. AMBROSETTI, *Notas de arqueología Calchaquí*, en el *Boletín del Instituto Geográfico Argentino*, Buenos Aires, 1898, tomo XIX, págs. 37-77 ; SALVADOR DEBENEDETTI, *Excursión arqueológica en los Cementerios prehistóricos de « La Isla », de Tilcara (Quebrada de Humahuaca, provincia de Jujuy)*, Buenos Aires, 1910, pág. 249 y siguientes ; E. BOMAN, *Antiquités de la région andine de la République Argentine et du desert d'Atacama*, París, M.DCCCC.VIII ; F. F. OUTES, *Los tiempos prehistóricos y protohistóricos en la provincia de Córdoba*, en la *Revista del Museo de La Plata*, Buenos Aires, tomo XVII (Segunda serie, tomo IV), 1910-1911, pág. 261 y siguientes.

intermedia, entre el sistema de la familia matriarcal y el de la familia patriarcal. Usando los datos más aceptables, veremos en los siguientes capítulos si los pueblos indígenas del país que fué más tarde el virreinato del Río de la Plata o de Buenos Aires hacen excepción o siguen esa regla general, que está por cierto lejos de ser absoluta y uniforme.

Estudiar á los indígenas en su estado actual no sería casi nunca el procedimiento más adecuado. Eso ha podido hacerse en Norte América, todavía hasta fines del siglo xix, porque allí algunas tribus de Pieles Rojas se habían mantenido en un aislamiento casi completo, conservando su idioma y costumbres. Aquí, en esta parte argentina del territorio sudamericano, los indígenas entroncaron comunmente con los españoles, y, en cinco largos siglos de vida histórica, han sufrido una decisiva influencia de la civilización europea. Pocas serán hoy las tribus que conserven en la Argentina su carácter precolonial, y esas no han sido aún científicamente estudiadas.

Concuerda con nuestro punto de vista respecto del estado cultural de los pueblos indígenas, la clasificación bipartita que de ellos hace el padre Guevara, aunque sin especificar claramente cuáles pueblos pertenecen á cada una de las dos categorías que distingue. Podemos dividir á las naciones indígenas, dice, « atendiendo a su modo de vivir y sustentarse, en dos castas o generaciones : la una de labradores, que cultivan la tierra para sustentarse con sus frutos y raíces, y la otra de gentes que solicitaban el alimento de pesca y caza y de algunas frutas silvestres. La primera tenía su establecimiento fijo, repartido en tolderías de cuarenta, ochenta o cien familias, sujetas a su cacique y con dependencia de sus órdenes. El mantenimiento esperaban del trabajo, y de lo pingüe de la tierra, a la cual fiaban los granos y raíces, para lograr a su tiempo el fruto de su laboriosidad y desvelo. El beneficio y cultivo de las tierras era conforme a su innata flojedad y a los instrumentos que tenían para cultivarla. Para lo cual, con imponderable afán rajaban un pedazo de monte, y, cuando los troncos ya secos esta-

ban aptos para quemarse, les pegaban fuego, y con las cenizas estercolaban la tierra. Luego que llovía, con una estaca puntiaguda abrían algunos agujeros, y en ellos echaban el maíz, el maní, la mandioca y otras raíces, y sin más cuidado que abandonar las sementeras a la fecundidad del suelo y a los meteoros naturales, lograban pingües cosechas de la tierra, mal beneficiada, pero lozana y fuerte [1]. »

Tales agricultores aun salvajes eran relativamente sedentarios. No así las tribus que ni esa rudimentaria agricultura practicaban. « La segunda casta o generación era de gentes vagabundas, que se mantenían de la pesca y caza, mudando de habitación cuando lo uno y lo otro escaseaban, por haberlo consumido. Estos propiamente carecían en este mundo de domicilio permanente, porque el que tenían era portátil, y mudable a diligencias y esfuerzos de las mujeres, que son las transportadoras de las casas y del ajuar doméstico de ellas, menaje de cocina, estacas y esteras. Como estas pobres tienen la incumbencia de conducir el equipaje doméstico, gozan en las transmigraciones el privilegio de arreglar las marchas y medir las jornadas. Luego que alguna se cansa, arroja al suelo la carga, y a su ejemplo las demás cargadoras se previenen para levantar la portátil ciudad, fijando su estacamento contra los vientos. Mientras las laboriosas transportadoras, convertidas en arquitectas, entienden en levantar casas y aderezar las comidas, los maridos ejercitan el oficio de mirones, tendidos sobre el suelo... [2] »

§ 9

MATRIARCADO Y PATRIARCADO

Antes de entrar en el estudio de las instituciones del derecho precolonial, especialmente en la organización de la familia, con-

1. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 47.
2. *Ibid.*, págs. 47-48.

vendría precisar la nomenclatura de que nos serviremos para interpretar sus costumbres y calificar sus instituciones. De otro modo, si no se fija el significado y alcance de los términos en uso, puédese incurrir en lamentables confusiones. Menester es definir, en un sentido general, siquiera las nociones fundamentales de «matriarcado» y «patriarcado».

Sumner Maine, alto exponente de la teoría patriarcal, la define con toda precisión. «Esa teoría afirma que el origen de la sociedad se halla en familias separadas, cuyos miembros permanecen unidos por la autoridad y la protección del ascendiente varón de más edad en la plenitud de sus fuerzas... Es el varón más prudente y más sabio el que las gobierna. Guarda celosamente a su mujer o mujeres, y todas aquéllos a quienes se extiende su protección son iguales ante él. El niño de afuera a quien protege con su sombra, y el extraño a quien las circunstancias conducen al servicio de la familia, no se distinguen del hijo que ha nacido dentro de ella. Pero cualquiera que de ella se substraiga, mujer, hijo ó esclavo, rompe todas sus relaciones con el grupo y se anonada el parentesco, que significa sumisión al poder, participación en la protección [1].» El celo sexual viene a ser «la fuerza cohesiva y motriz de las sociedades primitivas».

La teoría matriarcal, profesada típicamente por Morgan y divulgada por Engels, niega que sean tales los orígenes de la sociedad. Sostiene que, antes de la poligamia y la monogamia de los tiempos históricos, con sus variantes de adulterio y prostitución, han existido otras formas o sistemas de comercio sexual: la promiscuidad sin trabas ni límites, el matrimonio consanguíneo, el matrimonio por generación, el matrimonio por grupos, el matrimonio sindiásmico.

Según Morgan, « la familia es el elemento activo; jamás per-

1. SUMNER MAINE, *El antiguo derecho y la costumbre primitiva,* trad. esp. Madrid, págs. 173, 175 y 176. Pasaje citado por su propio autor en *Historia del derecho,* trad. esp., Madrid, pág. 273.

manece estacionaria, sino que pasa de una forma inferior a otra forma superior, conforme la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco son en cambio pasivos ; sólo al cabo de largos intervalos registran los progresos de la familia en el transcurso de las edades, y no sufren radical modificación sino después de modificarse radicalmente la familia [1]. » De ahí que, al estudiarse el sistema de parentesco en salvajes o bárbaros donde recién se establezca la autoridad paterna, se encuentran palpitantes supervivencias de la antigua filiación materna.

Extremando las doctrinas de Bachoffen [2], algunos sociólogos suponen que la teoría matriarcal atribuye a la mujer, en las sociedades primitivas, una situación jurídica y política privilegiada y predominante, llamada ginecocracia. Atribuyen a la *matriarca,* si nos es dado expresarnos así, una especie de autoridad semejante a la que más tarde corresponde al patriarca, al *pater familias*... Cómica parécenos semejante inferencia, y, en cierta manera, contraria a la naturaleza, que ha dado al varón mayor fuerza física y espíritu de progreso. Poniéndola en duda, reducimos la doctrina a su parte esencial. El matriarcado quedaría perfectamente definido con los rasgos más arriba expuestos. La falta de la autoridad paterna no supone su forzoso reemplazo por la autoridad materna ; antes bien, simplemente, la falta de toda autoridad fija y estable en la familia. Eso es bien humano y está en la naturaleza, al menos cuando la prole alcanza una edad en la que puede vivir sin la protección de sus progenitores.

Los partidarios de la teoría patriarcal siguen más o menos fielmente la tendencia conservadora de la escuela histórica. Su método de investigación es ante todo filológico, pues que estriba en el estudio y análisis de los antiguos monumentos jurídicos y litera-

1. L. H. Morgan, *Ancient Society, or Researches in the lines of human progress from savagery, trough barbarism, to civilization,* Nueva York - Londres, 1877. Citado por F. Engels, *op. cit.*, pág. 11.

2. *Das Mutterrecht, Eine Untersuhung über die Gynaikokratie der alten Welt, nach ihren religiösen und rechtlichen Natur, Stuttgart,* 1861.

rios. Los partidarios de la teoría matriarcal son en general afiliados a la escuela económica, y su método podría más bien llamarse sociológico, por cuanto consiste principalmente en la observación y estudio de los pueblos salvajes, que se hallan en un estadio prehistórico de la cultura.

Podría definirse el matriarcado en los tres principales rasgos siguientes : inestabilidad o inexistencia del vínculo conyugal, falta de una autoridad paterna establecida y filiación materna o uterina. A estos tres rasgos agregaríanse otros accesorios : ausencia del sentimiento marital de los celos más o menos en frío, es decir, en época en que no sea animalmente de celo ; escasa importancia atribuída al comercio sexual en general, y especialmente a la virginidad femenina ; completa libertad sexual de las mujeres, sobre todo de las jóvenes que no se han aparejado a algún hombre durante cierto tiempo.

En cambio, al patriarcado corresponderían los tres opuestos rasgos principales : relativa estabilidad y firmeza y del vínculo conyugal, ya en forma polígama o monógama ; marcada autoridad, y aun derecho de vida y muerte, del marido sobre la mujer o mujeres, los hijos y los esclavos ; filiación agnaticia, para la transmisión de la herencia por línea masculina. Complétanse también aquí esos rasgos con otros corolarios : el culto de los dioses lares, que es el de los antepasados varones ; la igualdad de los miembros de la familia, ante la autoridad del *pater familias ;* absoluta prohibición á las mujeres de tener comercio sexual con extraños ; el sentimiento institucional, diremos, de los celos del marido y jefe de la familia, esto es, el concepto de la posesión y propiedad exclusiva de su mujer o mujeres. También pueden agregarse, con la *patria potestas,* ciertas instituciones del antiguo derecho romano, como el *manus dominium, adoptio, divortio, agnatio, emancipatio,* que « no son sino nombres civilizados de las bárbaras costumbres de los cíclopes » que describe Homero [1].

1. SUMMER MAINE, *El antiguo derecho,* trad. esp. pág. 176. *La Odisea,* canto IX. Véase la trad. esp., Barcelona, 1910, pág. 119.

Los partidarios de la teoría matriarcal no niegan la existencia del sistema patriarcal en ciertas sociedades antiguas, como la romana. No podrían negarlo, porque sería contra toda evidencia histórica. Pero lo interpretan a su manera, y con sólida información y excelente criterio científico. Explican el derecho patriarcal aplicando el método y los conceptos fundamentales de la escuela económica o materialismo histórico.

Suponen que el matriarcado fué anterior. La transición al sistema patriarcal se opera en virtud del perfeccionamiento de la técnica o instrumento de producción, que trae como consecuencia un cambio total en las circunstancias económicas ambientes. Mientras el hombre prehistórico no usa de otra técnica o instrumento de producción que sus armas primitivas — la honda, la flecha, el harpón, — vive al día, de la caza y la pesca. Una vez que domestica el ganado e inventa la agricultura, es decir, una vez que perfecciona sus medios de vida, acopia ganado en las dehesas y grano en los graneros, pasa de pobre a rico. Para producir su riqueza y defenderla luego contra las acechanzas del extraño, hácese necesario organizar la familia bajo una autoridad. Esta autoridad debe ser el hombre, por su mayor fuerza física y su carácter, y por no estar sujeto a los periódicos debilitamientos que producen en la mujer la preñez, la crianza de los hijos y aun la menstruación. Nace de ahí, con la autoridad del *pater familias,* la institución de la familia. Después ella se perfecciona con la necesidad de la transmisión hereditaria de los bienes acumulados.

Según la teoría matriarcal, en su parte demostrada y verdaderamente científica, ha existido el sistema en todos los pueblos salvajes antes de la domesticación del ganado y de la invención de la agricultura. Indicios y supervivencias de él se han encontrado en Asia, África, Europa, Oceanía, América. La evolución de la cultura humana ha sido, en sus comienzos, relativamente uniforme. Los salvajes de la época cuaternaria llevaron vida análoga a los de nuestros tiempos. Todo depende en el fondo de las condiciones ambientes.

§ 10

DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO

El libro I se compone de dos secciones, una relativa al derecho privado de los pueblos indígenas, otra al público. Para evitar confusiones y equívocos, convendría así no cerrar estos prolegómenos sin decir algo relativo á esa compleja cuestión de nomenclatura, la división fundamental del derecho en sus dos categorías genéricas.

La seguiremos para mayor comodidad, obedeciendo a una costumbre establecida en el derecho europeo, desde los tiempos romanos, aunque no sin reconocer que tal división es más formal que de esencia [1]. Si en el derecho moderno resulta ella, no obstante su histórica antigüedad y su efectividad técnica, un tanto artificial y difusa, a punto de que es negada por algunas autores [2], ¡ cuánto más difusa y artificial no ha de parecerlo en la cultura de pueblos bárbaros y salvajes, cuyas costumbres e instituciones son todavía como embrionarias, y, por consiguiente, de menores diferencias y fijeza ! El hecho es que la división del derecho en público y privado se adopta para mayor comodidad analítica y expositiva. En realidad constituyen sólo distintas fases, formas o partes de ese único todo, el derecho universal, que tiene siempre una misma base y objetivo, la vida humana, esencialmente toda una, en lo privado y lo público, lo individual y lo social. Total es el organismo del derecho ; únicamente se le puede diferenciar en lo que llamaríamos, siguiendo la metáfora, sus funciones fisiológicas. Así, aunque la vida sea una sola, pueden distinguirse sus múltiples variaciones de morfología, en el individuo y en el agregado. La propiedad individual y social, la familia y el gobierno, son

1. C. O. Bunge, *El Derecho,* 3a ed., Buenos Aires, 1907, pág. 336.

2. A. Posada, *Tratado de Derecho administrativo,* Madrid, 1897, tomo I, pág. 72.

meros aspectos diversos, que se conectan e influyen recíprocamente, a punto de que el derecho público y el privado no constituyen, en suma, filosóficamente, científicamente, más que un derecho único, privado y público.

Entrando ahora a definir cada uno de esos dos términos, derecho privado y derecho público, conviene sentar que ellos se emplean en su acepción genérica, como lo ha consagrado un largo uso en las ciencias jurídicas y sociales. El derecho privado se refiere substantivamente a la propiedad individual o familiar y a la organización de la familia. El derecho público, a la propiedad colectiva y social y a la organización del poder político. Claro es, dada la naturaleza orgánica y total del derecho, que, adjetivamente, también el derecho privado se refiere a las instituciones del derecho público, y viceversa. Esto resulta tanto más necesario si se tiene en cuenta que, al fin y al cabo, todos las instituciones, privadas y públicas, nacen de las condiciones naturales y culturales de la vida humana. El derecho público es históricamente una especie de superevolución del privado; el privado, algo como el principio y la base del público. El público encuadra y protege las instituciones del privado, mientras el privado origina y determina las instituciones del público.

SECCIÓN I

EL DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO I

EL DERECHO PRIVADO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS RIOPLATENSES

§ 11. La propiedad en el derecho indígena precolonial. — § 12. El matrimonio y la familia en el derecho indígena precolonial. — § 13. El matrimonio y la familia en los pueblos indígenas del Río de la Plata. — § 14. El matrimonio y la familia en los guaraníes — § 15. El parentesco en los pueblos indígenas del Río de la Plata.

R. DÍAZ DE GUZMÁN, *Historia argentina del descubrimiento, población y conquista de las provincias del Río de la Plata,* en la *Colección de obras y documentos relativos a la historia antigua y moderna de las provincias del Río de la Plata,* por P. de Angelis, 2ª edic., Buenos Aires, 1910, tomo I, págs. 11-111. J. GUEVARA, *Historia del Paraguay, Río de la Plata y Tucumán,* en la cit. Colección, tomo II, págs. 319-330. U. SCHMIDEL, *Viaje al Río de la Plata y Paraguay,* trad. esp., en la cit. Colección, tomo II, págs. 319-330. P. LOZANO, *Historia de la conquista del Paraguay, Río de la Plata y Tucumán,* Buenos Aires, tomo I, págs. 378-439. F. DE AZARA, *Descripción e historia del Paraguay y del Río de la Plata,* Asunción del Paraguay, 1896, tomo I, págs. 179-309.

§ 11

LA PROPIEDAD EN EL DERECHO INDÍGENA PRECOLONIAL

De la técnica o forma y adelanto del instrumento de producción depende principalmente en cada pueblo el régimen de la propiedad, y, de éste, el régimen de la familia. Conforme a lo ex-

puesto en la precedente Introducción, convendría, pues, iniciar el presente capítulo recordando que las naciones indígenas del Río de la Plata y el interior del país se hallaban, o en el estadio superior del salvajismo, como los Charrúas y Pampas, o en el estadio inferior de la barbarie, como los Guaraníes y Calchaquíes. También había sin duda tribus que no pasaran aún del estadio inferior del salvajismo; pero, de ellas, siendo las menos y de menor importancia, poco, casi nada nos dicen los cronistas.

En las tribus que desconocían la agricultura, la propiedad privada se identificaba con la posesión, ejercitándose elementalmente sobre la vivienda, las armas, los utensilios y las presas. Tal era lo que puede llamarse el *ager privatus*. El *ager publicus* sería el dominio que cada tribu se arrogaba sobre el territorio de caza donde se establecía, pues que la mentalidad de aquellos salvajes no podía distinguir el concepto de soberanía y el de propiedad colectiva o pública. Ambas ideas tenían por fuerza que confundirse en su común origen, la posesión, individual o colectiva. La posesión colectiva del territorio de caza fué siempre, para los pueblos que de la caza y la pesca vivían, celosamente defendida; ahí se originaban sus guerras, hasta expulsar al enemigo del territorio poseído ó codiciado, o, en último caso, exterminarlo.

No tenía la propiedad caracteres más adelantados en las tribus incipientemente agricultoras; se confundía siempre con la posesión. En realidad, esas tribus no habían llegado a acopiar frutos, pues, aunque domesticaran algún animal, no conocían, al menos en el Río de la Plata, la verdadera ganadería en el sentido del Viejo Mundo. En la parte meridional del Nuevo, antes de la llegada de los españoles, no había caballos, vacas, carneros, cabras, conejos, aves de las llamadas de corral, el cerdo silvestre no se había domesticado, y el llama sólo existía en las altiplanicies del norte. Sin poseer, pues, esas especies domésticas, y practicando la agricultura en una forma primitiva que tanto se asemejaba a la simple recolección de frutos naturales, los indígenas ríoplatenses no lle-

garon a conocer verdaderamente la acumulación de riquezas, el capital. Aun los agricultores vivían más o menos al día. De ahí que el género de propiedad que ejercitaban fuera todavía propio de salvajes, y, por consiguiente, impropio para determinar una organización estable de familia netamente patriarcal.

§ 12

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN EL DERECHO INDÍGENA PRECOLONIAL

Según el estado de incultura de los pueblos indígenas establecidos en la cuenca del Río de la Plata, lo más interesante de sus costumbres y usos para la sociología moderna ha de estribar forzosamente en la organización de la familia y los sistemas de parentesco. ¿Vivían en la promiscuidad? ¿Existía el matriarcado o el patriarcado? ¿La filiación era uterina o paterna? ¿Era el parentesco agnaticio, habiendo adquirido ya general consistencia el principio de masculinidad?...

Los indígenas americanos, en general, salvo excepciones, como los Guaraníes, parecen no haber sentido mayormente repugnancia al incesto. Los Incas, como que lo practicaban en su familia [1], no lo prohibían expresamente, á pesar de que, al menos según Garcilaso, con toda severidad castigaron el comercio homosexual masculino [2]. Los misioneros, especialmente los jesuítas, se aplicaron en vano a formar la conciencia del pecado en el incesto, de acuerdo con la moral cristiana y europea. Los indígenas parecían no comprenderlo así, más que por fórmula o condescendencia con sus evangelizadores y directores espirituales. Sin embargo, ese senti-

1. Garcilaso de la Vega, *op. cit.*, tomo I, pág. 289.
2. *Ibid*, tomo I, pág. 464.

miento de repugnancia al incesto es tan arraigado que parece orgánico en los pueblos del Viejo Mundo, donde existiera durante largo tiempo una organización patriarcal de la familia.

La regla general, reconocida por todos los cronistas y para todos los pueblos indígenas, era la facilísima disolubilidad del matrimonio; más que estable, era temporario. « El desagrado de una mujer y la apetencia de la otra, dice el padre Guevara, hablando en general de los indígenas, son las causas que prescriben leyes al matrimonio y le hacen rescindible a elección del antojo y ligereza. De este abuso y corruptela usan los hombres y mujeres, y, por cualquier sospecha y sentimiento, se separan el uno del otro, y el marido busca otra mujer y la mujer otro marido. Tal vez suceda que, entre las dos mujeres, la una que fué repudiada y la otra que entró en su lugar, se enciende reñida gresca de golpes y araños, gritando aquélla que por qué le ha quitado su marido, y respondiendo ésta que porque ha querido. La gritería y algazara dura largo rato, hasta que, bien ensangrentadas, sale una vieja predicante a departirlas... Entre los hombres, por robarse las mujeres son las discusiones más peligrosas, y se levantan unas familias con otras; y, tal vez, abanderizada la nación, se consume en civiles discordias, empuñando unas parcialidades las armas contra otras. La pluralidad de mujeres es permitida, y su número es mayor o menor según alcanza la posibilidad de mantenerlas y aun comprarlas. Porque de algunas gentes es costumbre ordinaria que las hijas sean vendibles por un poco de maíz, mandioca y cosas semejantes, y entregadas a sus pretendientes, a las veces contra su gusto, pero muy a gusto de los padres, por la utilidad y emolumento que perciben vendiendo sus hijas [1]. »

La forma más general de contraer matrimonio parece haber sido la compra de la esposa, pagándose por ella un precio á los padres, naturales ó adoptivos, ó bien al marido. Como veremos, existió

1. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 45.

por lo común la exogamia, aunque, para elegir ó adquirir la esposa, se circunscribían preferentemente los indígenas á los grupos ó tribus de su raza y su lengua.

Siguiendo a los cronistas, especialmente a Azara, el padre Lozano y el padre Guevara, hállase que nunca vivían los indígenas en la promiscuidad. Más bien se practicaba lo que se ha llamado *familia sindiásmica*. « Se formaban ya parejas conyugales por un tiempo más o menos largo. El hombre poseía una mujer, y, cuando tenía varias, una mujer favorita entre todas [1]. » No obstante esta organización de la familia, punto de transición entre el matriarcado y el patriarcado, se descubren muchos rasgos y detalles que considero verdaderas supervivencias de una época matriarcal nada remota.

Surge aquí lógicamente una cuestión. Siendo los matrimonios temporarios, ¿ seguían los hijos al padre o a la madre ? Los cronistas no traen al respecto una respuesta clara y categórica ; ni dicen si la filiación era uterina, dando generalmente a entender que fuese paterna. Sin embargo, como más adelante diremos, hay rastros y resabios de que la filiación haya sido algunas veces uterina, y, cuando era paterna, no parecía siempre bien firme y consolidada en las costumbres. La cuestión del destino de los hijos puede así resolverse de un modo aproximativo, genérico y conjetural.

Conviene distinguir al respecto los dos grados de cultura más arriba consignados : los indios que vivían puramente de la caza y la pesca y los que ensayaban la agricultura. En los primeros, por la fuerza de las circunstancias y el género de vida, los hijos debían seguir a sus madres divorciadas, cuando éstas contraían un nuevo matrimonio. En los segundos, puede darse que alguna vez en tales casos siguieran al padre, sobre todo si éste era cacique, siendo la regla general que siguieran á la madre. Oportuno es re-

1. F. Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats*, Stuttgart, 1910, pág. 30.

cordar aquí que todos los cuidados domésticos, incluso la educación de los hijos, estaban siempre a cargo de la mujer, aun en los pueblos agricultores. Tal estado de cosas habría cambiado seguramente si éstos llegaran á perfeccionar sus instrumentos de labranza y a acumular mayor cantidad de productos. Entonces, para defender militarmente la riqueza de la familia y transmitirla por la herencia, se habría hecho necesaria una más perfeccionada organización patriarcal de la familia, como la de los romanos al tiempo de dictarse la Ley de las XII Tablas.

§ 13

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL RÍO DE LA PLATA

Los indios Guanas formalizaban el matrimonio, según Azara, sin otra ceremonia que hacer un regalito el novio a la novia, precediendo el pedirla a los padres. « Antes de todo estipula el pretendiente con la pretendida, en presencia de sus padres y parientes, el género de vida común y las obligaciones de cada contrayente, porque no son los mismos en todos los matrimonios, dependiendo mucho del capricho de las mujeres. Regularmente recae sobre si la mujer ha de hilar y tejer una manta al marido; si le ha de ayudar, y en qué términos, a cultivar la tierra; si ha de traer leña y el agua; si lo ha de guisar todo o sólo las legumbres; si el marido ha de tener una sola mujer y la mujer muchos maridos; en este caso, cuántas noches estarían juntos; finalmente, contratan hasta las cosas más mínimas que pueden ocurrir. A pesar de tales contratos, no contraviene en pena el que falta á ellos, ni por eso dejan de estar libres para el repudio o separación... Esto es casi siempre ocasionado por las mujeres... Las mujeres dan la ley en los contratos matrimoniales... [1] » Ocurre que los hombres roben a

1. Azara, *op. cit.*, tomo I, págs. 249-250.

la mujer ajena y se escapan con ella. « En tal caso se apalea al adúltero, no a la adúltera. La poligamia dura poco y no es tan frecuente como parecía debiera ser [1]. »

Entre los indios Mbayáes, dice Azara, « las mujeres hacen una o dos veces al año una fiesta particular. Dan vueltas al pueblo, llevando en las lanzas de sus maridos las cabelleras y despojos de los enemigos muertos en las batallas, y cada una pondera las hazañas de su esposo. Como todas pretendan que el suyo es el más valiente, se acaba siempre la función dándose muchos cachetes y puñadas, hasta que, cansadas y ensangrentadas la boca y las narices, se va cada cual á su casa [2]. » Observó Azara que esas mujeres abortaban intencionalmente, dejando en vida sólo un hijo cada una, el último o uno de los últimos en nacer. Como enrostrase a un marido costumbre tan cruel, el marido le respondió que « ellos no se mezclaban ni les correspondía en negocios de mujeres » [3].

Entre los indios Minuanes, los padres sólo cuidaban sus hijos hasta destetarlos. « Entonces los entregaban a algún pariente casado o casada, sin volverlos á admitir en casa ni tratarlos como hijos [4]. »

Entre los Charrúas, la autoridad del marido y padre hacíase más firme y constante. Era muy raro que dos hombres se avinieran con una sola mujer. La poligamia se permitía; pero las mujeres abandonaban al marido polígamo, como encontrasen otro con quien estar solas. El divorcio era libre, aunque se verificaba muy rara vez, habiendo hijos. El adulterio no tenía otro resultado que algunos puñetazos que daba el marido á la mujer si la sorprendía en el acto; « y esto cuando es celoso el marido, que es cosa poco común » [5].

Coinciden con los de Azara los datos del padre Lozano sobre los

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 251.
2. *Ibid.*, tomo I, págs. 263-264.
3. *Ibid.*, tomo I, pág. 264.
4. *Ibid.*, tomo I, pág. 195.
5. *Ibid.*, tomo I, pág. 195.

Charrúas. Observa este autor, en los sentimientos de esos indios, una falta total de celos. « Cada hombre tiene cuantas mujeres quiere, aunque son tan poco celosos, que los mismos maridos (si tan honrado nombre merece la vileza) las ofrecen a los españoles, para que usen de ellas a su antojo, por un vil interés [1]. »

De los Guayanáes, dice el P. Lozano que « repudian a sus consortes los que están descontentos » [2]. En esto no hacían más que seguir la costumbre general ; lo particular de ese pueblo sería el exceso de despecho y furia que manifestaban las mujeres repudiadas, en ciertos grandes festines de la tribu. « Aun las indias casadas se embriagaban tan perdidamente como los varones, y por ellas se arman las peores pendencias... Ofendidas las repudiadas de que casen con otras, ejecutan cuanto dicta la rabia y cólera a una mujer ofendida con semejante desaire [3]. »

Como se ve, no faltan totalmente datos en los cronistas respecto a la organización de la familia en los pueblos indígenas del Río de de la Plata. Aunque esa familia propendiera al tipo patriarcal, nótanse indicios y resabios evidentísimos de matriarcado. La falta de firmeza en la autoridad del *pater familias,* la relativa autoridad de la mujer dentro del hogar, la ausencia de mayores celos en el amor y de fidelidad en la mujer, la frecuencia y facilidad para divorciarse, todo ello acusa un estado social anterior a la « familia ciclópea » del derecho romano antiguo.

§ 14

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LOS GUARANÍES

Ante todo, según las en este punto fidedignas informaciones del padre Lozano, el matrimonio no era una institución firme y du-

1. LOZANO, *op. cit.,* tomo I, pág. 408.
2. *Ibid.,* tomo I, pág. 426.
3. *Ibid.,* tomo I, pág. 426.

rable entre los Guaraníes. « Mujer perpetua, dice, aseguran gravísimos fundamentos que no la tuvieron, porque eran gente que jamás supo de contratos, ignorando también éste tan gravoso de la perpetuidad del matrimonio ; y, como los varones idolatraban su propia libertad y eran amigos de desenfado, imaginaron era indecencia se ligase el varon con vínculo que fuese indisoluble, y les privase de la libertad de poder desechar y abandonar a su antojo la mujer que les desagradase [1]. » A renglón seguido, observa el padre Lozano que esta opinión fué combatida ; pero de su texto se infiere que sólo se la combatió más tarde, después de la conquista, para la mejor propagación del Evangelio, es decir, por los misioneros.

No obstante esa flojedad del vínculo matrimonial, los Guaraníes, especialmente los caciques, practicaban una especie de poligamia. Los vasallos « no eran dueños de sus hijas, porque si un cacique las apetecía por mujeres, se las quitaba y agregaba a su familia ». Lo cual no quiere decir, a nuestro juicio, que los padres les negaran esas hijas con el criterio ético de un europeo contemporáneo del padre Lozano ; lo probable es que gustosos las entregaran, pues que la mal llamada « prostitución de las vírgenes » no es ni fué nunca deshonor para los padres en pueblos del estado cultural del guaraní. Los mismos maridos, sobre todo los caciques, recordando una vieja costumbre de Oriente, prestaban sus mujeres al forastero para agasajarlo. « El agasajo principal con que festejaban los caciques la venida de personas de respeto a su pueblo era enviarles una o dos de sus concubinas ; pero, sin esta licencia, les era a ellas ilícito admitir otro amante, so pena de pagar la traición con la vida, despeñadas de algunos lugares al río Paraná o a simas profundas [2]. »

« En la poligamia procedían con libertad gentílica, especialmente los caciques, que tenían tantas concubinas cuantas podían

1. LOZANO, *op. cit.*, tomo I, pág. 385.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 385.

mantener su potencia... En la gente plebeya era menor la licencia, no por más arreglados en materias de costumbres, sino por menos poderosos para mantener tantas obligaciones... Algunos caciques llegaban a tener veinte o treinta mujeres, sin escrupulizar en recibir por tales a las que lo fueron del hermano difunto, o las suegras o sus nueras; pero a las madres y hermanas guardaron siempre particular respeto, reputándose lo contrario un exceso abominable [1]. » Infiérese de todo ello que, a pesar de las supervivencias de un sistema de comercio sexual menos estricto, y aunque la organización patriarcal de la familia no era todavía muy estable y definida, ya se estaba lejos de la promiscuidad y del matrimonio consanguíneo, por generaciones o por grupos. La economía ambiente no permitía ni aconsejaba una mayor generalización en el perfeccionamiento de la poligamia.

§ 15

EL PARENTESCO EN LOS INDÍGENAS DEL RIO DE LA PLATA

A pesar de que los Guaraníes no fueran nada celosos [2], permitieran el libertinaje a las jóvenes solteras [3], y los propios maridos prostituyesen con facilidad a las mujeres casadas [4], profesaban acendradísimos afectos de familia. Lloraban a sus deudos y amigos de una manera copiosa y ruidosa [5].

Los Charrúas, que tenían más o menos las mismas costumbres, y aun más salvajes, demostraban los duelos de familia todavía con mayor ostentación. « Observan la costumbre bárbara de que, muriendo alguno, los parientes se cortan un artejo de cada dedo;

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 385.
2. *Ibid.*, tomo I, págs. 385 y 408.
3. *Ibid.*, tomo I, pág. 399.
4. *Ibid.*, tomo I, págs. 385 y 408.
5. *Ibid.*, tomo I, pág. 392.

en lo que no ha de haber falta, porque lo sería de piedad con el difunto, y se nota por infamia ; con que parece que los ancianos llegan a tener troncas las manos, o los pies sin uso. También cargan con los huesos de sus parientes difuntos, haciéndoles el amor muy leve esa carga hedionda [1]. »

Azara describe de otra guisa esas costumbres. « La familia y parientes lloran, o más bien gritan por los difuntos, y les hacen un duelo bien singular y cruel. Si el muerto es padre, marido o hermano que haga cabeza de familia, se cortan las hijas, la viuda y las hermanas casadas un artejo o coyuntura por cada difunto, principiando por el dedo chico o meñique ; se clavan además el cuchillo o lanza del muerto repetidas veces de parte a parte por los brazos y por los pechos y costados de medio cuerpo arriba. A esto agregan estar dos lunas tristes en su casa, comiendo poco [2]. »

Puede bien ser que, a pesar de la visible discrepancia de detalles, el padre Lozano y Azara tengan razón. El primero ha de referirse a una forma más antigua que caía en desuso ; el segundo, a una un poco más moderna y constante. Las mujeres son en efecto más conservadoras que los varones, y éstos, después de la llegada de los españoles, se hicieron por fuerza más belicosos, teniendo mayor necesidad de conservar intactos sus manos y pies. En todo caso, el hecho es que los sentimientos de familia eran firmes y las mujeres quienes más elocuentemente los exteriorizaban.

No dejaría de ser extraño ese hecho si la filiación fuera siempre materna en los Charrúas. Entonces, dadas sus costumbres, no podían ellos estar muy seguros de los hijos que prohijaban sus mujeres e hijas. Lo probable es que más bien esos duelos terribles fueran hechos a los parientes agnaticios. Esto, que parece ser así entre los Guaraníes, quienes practicaban la couvada, como veremos, y que es conjetural respeto de los Charrúas, resulta dudosísimo en

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 408.
2. Azara, *op. cit.*, tomo I, págs. 197-198.

un pasaje de Azara para los Minuanes. « Por la muerte del marido, dice ese autor, se corta la mujer una coyuntura de un dedo. Corta también la punta de su cabellera, se tapa el rostro con la misma, cubre el pecho con una piel o trapo, o con su mismo vestido, y está oculta algunos días. El mismo duelo hacen las hijas adultas por el que las crió en sus casas; pero *no por su verdadero padre* [1]. » Por cierto que este pasaje puede interpretarse en el sentido de un indicio de antiguas costumbres matriarcales. Ello sería inequívoco si el padre adoptivo fuera un tío materno. Lástima que los cronistas no precisen el punto.

Indicio no menos elocuente de antigua filiación matriarcal trae el padre Lozano acerca de los Guayaquíes. « El que logre la fortuna de que le nazca una hija, dice, se esmera mucho en su crianza, porque por medio de ella llega a ser cabeza de otros. Es ley inviolable de los Guayaquíes que el yerno siga al suegro y se haga de su familia, porque entre ellos no hay caciques, sino que los hermanos y los yernos se juntan en una familia y reconocen por superior al padre o suegro [2]. »

Imposible es reconstruir certeramente el sistema de filiación y parentesco vigente en los antiguos pueblos guaraníes. Sin embargo, el padre Lozano consigna al respecto un dato significantísimo. La forma ingenua y concreta del pasaje, a pesar de lo extraña que debió parecer al autor la costumbre que reseña, es una garantía de su rigurosa veracidad.

Refiere primero él las preocupaciones y costumbres de las mujeres en estado de preñez. « Observaban reglas tan estrechas sobre los manjares que no habían de probar como nocivos, que debía forzosamente su abstinencia ser muy austera. Para que no naciese el hijo con las narices disformes, no había de comer la mujer preñada carne de la gran bestia que era la delicia de esos indios; aves pequeñas, ni por la imaginación les había de pasar el gas-

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 206.
2. Lozano, *op. cit.*, tomo I, pág. 418.

tarlas, porque decían que el niño saldría de pequeña estatura. Finalmente, debían abstenerse de cualquier manjar que de cien leguas barruntasen podía hacer daño, o malograr el fruto de su vientre [1]. » Hasta aquí no se trata más que de vulgares cuidados higiénicos, aunque tal vez excesivos y no siempre útiles. Pero es el caso que esas restricciones se extendían en cierta manera a los maridos.

« Estando las mujeres en cinta, debían aquellos nueve meses observar los maridos dos leyes. La primera, no matar fiera alguna aunque se les viniera a las manos ; la segunda, no hacer flechas, ni labrar macanas o cualquier otro instrumento para la guerra [2]. » Pudiera creerse a primera vista que la abstención de la caza tuviese por objeto evitar que el marido llevara a su hogar carne prohibida a la mujer. Mas, según el texto del padre Lozano, no era precisamente de cazar de lo que debía abstenerse, antes bien de matar fieras. La caza menuda le era indispensable para su sustento ; sólo fieras no podía matar. Entonces, más que la caza en general, lo que estaba vedado al marido era *todo esfuerzo violento*. Esta interpretación se confirma recordando que tampoco le era permitido construir instrumentos o armas de guerra. Pues bien, en la vida del salvaje, es la caza de las fieras y la construcción de armas, fuera de la guerra misma, lo que les exige mayor esfuerzo. No dice el padre Lozano si se permitía o no al marido el ejercicio de la guerra. Es de creerse que no se le prohibiera, haciendo en esto una especie de excepción a la regla. La razón salta a la vista, pues que la guerra es una necesidad suprema, y podrían sobrevenir trances en que la misma mujer embarazada se viera en el caso de hacer su esfuerzo, para defender el palmo de tierra de su choza o escapar al enemigo.

La interpretación que damos al hecho es que el marido, paralelamente a la preñez real de su mujer, simulaba o fingía una pre-

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 399.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 399.

ñez, por cierto más llevadera. Esta interpretación, que puede parecer peregrina a la ignorancia, corrobórase con lo que pasaba en el parto y después de él. « En dando las mujeres a luz sus hijos, dice el padre Lozano, ayunaba el marido por quince días, con extraño rigor, sin probar carne, ni coger caza, aunque se le entrase por sus puertas; por lo cual desarmaba el arco, y lo arrimaba como instrumento inútil, observando gran recogimiento y clausura, cual si fuese la misma parida... [1] » En una palabra, así como había simulado antes la preñez, el marido simulaba luego el parto, o, al menos, sus consecuencias inmediatas de flojedad y retraimiento, esto es, el sobreparto.

Por su parte, el padre Guevara, consigna la serie de cuidados y prohibiciones que tenían por objeto proteger a la mujer preñada. Y añade que « el rigor de la ley se extendía también a los maridos, a los cuales estaba prohibido matar fiera alguna ; y, por no caer en ocasión, desarmaban los bélicos instrumentos. Luego que paría la mujer, ayunaban ellos rigurosamente quince días observando estrecho recogimiento en su casa, cual si fueran la misma parida [2]. »

La sociología moderna considera la costumbre descripta, que en nuestros tiempos se denomina genéricamente la *couvada,* evidente

1. Lozano, *op. cit.,* tomo I, pág. 400.

2. Guevara, *op. cit.,* pág. 46. Estrabón observó esa costumbre, en la antigüedad, entre los Cántabros. Estrabón, III, 4, 18. En los tiempos modernos, Quatrefages la descubrió en poblaciones pirenaicas, y divulgó su existencia. Quatrefages, *Souvenir d'un naturaliste,* citado en el *Grand Dictionnaire Universel* de Larousse, 1er suplemento, París, palabra *couvade.* Sin embargo, como un siglo antes que Quatrefages, ya Lozano había descubierto tal costumbre en los Guaraníes. Parece probado que existió también en otros indios de América, de la estirpe caribe y mexicanos. Los vascos montañeses de Quatrefages, cuyas informaciones se han confirmado después, remedaban echados sobre el lecho los gritos de dolor de la parturienta. Menos estrepitosos, pero más puntuales, aunque acaso no gritaran en el instante del nacimiento del hijo, simulaban los Guaraníes toda la evoución de la preñez, el parto, el sobreparto y hasta el restablecimiento de la madre.

supervivencia de una antigua filiación materna, uterina [1]. Origínase probablemente en los tiempos prehistóricos, cuando todavía los hijos no reconocían más que a las madres. El derecho paterno innova entonces sobre el derecho materno. Los padres quieren demostrar a su gentilidad o tribu que los hijos son suyos, que deben llevar su nombre, que los han de heredar. En esta necesidad radica, a la manera material, formal y simbólica del derecho romano antiguo y de todo derecho prehistórico, tan curiosa institución. Constituye ella, para ciertos pueblos, algo como la implantación del derecho paterno, el patriarcal, el histórico. Ahí comienza a regir el principio de agnación y masculinidad.

No es difícil inferir de lo expuesto consecuencias que hasta cierto punto suplan la falta de datos acerca del sistema de parentesco en los Guaraníes. Pueden sintetizarse las dos siguientes: 1º en tiempos anteriores al descubrimiento, y probablemente no muy lejanos, la filiación era siempre materna; 2º en los tiempos del descubrimiento, aunque con rastros y supervivencias de ese sistema materno, la filiación era ya paterna. Estas inferencias coinciden con el estado cultural de esos pueblos. Como acababan de inventar o adoptar la agricultura, estaban en vías de transición hacia una nueva técnica industrial y nuevas condiciones en su vida económica.

De todos esos datos se llega a la conclusión de que en algunos pueblos del Río de la Plata, como los Minuanes y los Guayaquíes, el parentesco era entre cognaticio y agnaticio. En otros, como los Charrúas, probablemente era ya agnaticio, y con mayor razón en los más adelantados, como los Guaraníes. Pero siempre con vestigios de un antiguo sistema matriarcal. Apliquemos aquí la ya citada observación de Morgan, recordando que los sistemas de parentesco se transforman con menor facilidad que la fami-

1. Véase J. J. Bachoffen, *Das Muterrecht, Eine Untersuhung über die Gynaikokratie der alten Welt, nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur*, Stuttgart, págs. 61 ý 407 y siguientes.

lia. Conservándose como fosilizados, mantienen significativos rasgos del sistema caído en desuso y substituído por el nuevo [1].

1. Los cronistas no podían fácilmente percibir, en los pueblos indígenas, los indicios de un régimen matriarcal en decadencia ó apenas caduco. Ni sospechas tenían de su posibilidad. Observaron displicentemente la institución de la familia, y á través de sus prejuicios europeos, es decir, patriarcales. No se estudiaron tampoco las lenguas indígenas con suficiente detenimiento, al menos á fines de investigación científica, ya que no de catequización religiosa. Por todo ello son tan vagos los datos que nos aportan las crónicas sobre el asunto. Parécenos harto probable que, en los pueblos ríoplatenses, debieron hallarse mayores rastros de sistemas cognaticios. Algunos podrían aun descubrirse estudiando á fondo las pocas lenguas indígenas que subsisten habladas hasta nosotros. En ellas han de coexistir comúnmente palabras distintas para designar el parentesco, según sea cognaticio ó agnaticio. Esperamos que así lo evidencien en breve algunos lingüistas americanos que se han abocado á tales estudios. Entonces tal vez se concluirá que el matriarcado ha sido más general y definido en los pueblos indígenas ríoplatenses de lo que podemos aquí sentar, por falta de mejor información.

CAPÍTULO II

EL DERECHO PRIVADO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL INTERIOR Y EL NORTE

§ 16. El matriarcado en las leyendas indígenas del interior. — § 17. El matrimonio y la familia en los Calchaquíes. — § 18. Las comunidades agrarias en los pueblos indígenas del Alto Perú y el Perú. — § 19. El matrimonio en los pueblos indígenas del Alto Perú y el Perú.

F. de Jerez, *Verdadera relación de la conquista del Perú y provincia de Cuzco, llamada Nueva Castilla*, en *Historiadores primitivos de Indias*, Madrid, 1886, tomo II (Biblioteca Rivadeneyra, tomo XXVI), págs. 319-348. P. de Cieza de León, *La crónica del Perú*, en *Historiadores primitivos de Indias*, tomo II, págs. 349-458. A. de Zárate, *Historia del descubrimiento y conquista del Perú*, en *Historiadores primitivos de Indias*, tomo II, págs. 459-574. Montesinos, *Memorias antiguas historiales del Perú*, Madrid, 1882. Inca Garcilaso de la Vega, *Comentarios reales*, nueva ed., Madrid, 1829. F. de Santillán, *Relación del origen, descendencia, política y gobierno de los Incas*, en *Tres relaciones de antigüedad peruana*, Madrid, 1879, págs. 1-133. Anónimo, *Relación de las costumbres antiguas de los naturales del Perú*, en las cits. *Tres relaciones*, págs. 137-227. J. de Santacruz Pachacuti Yamqui, *Relación de antigüedades deste reyno del Pirú*, en las cits. *Tres relaciones*, págs. 229-328. Fr. R. de Lizárraga, *Descripción breve de toda la tierra del Perú, Tucumán, Río de la Plata y Chile*, en *Historiadores de Indias*, Madrid, 1909, tomo II (Nueva Biblioteca de Autores españoles de M. Menéndez y Pelayo, tomo XV), págs. 485-660. J. de Arriaga, *Extirpación de la idolatría en el Pirú*, Lima, 1621. (Puede verse la ed. facsimilar, Buenos Aires, 1910.) Betanzos, *Suma narración de los Ingas*, en la Biblioteca Hispano-ultramarina de M. Giménez de la Espada, Madrid, 1880. J. de Acosta, *Historia natural y moral de las Indias*, Sevilla, 1590. (Puede verse la ed. moderna, Madrid, 1894.) B. Cobo, *Historia del Nuevo Mundo*, ed. moderna, Sevilla, 1891-1894, tomo IV. Gomara, *Histo-*

ria general de las Indias, en *Historiadores primitivos de Indias*, Madrid, 1852. M. DE MORUA, *Historia del origen y genealogía de los Incas*, publicada por González de la Rosa, Lima, 1911. MOLINA, *An Account of the tables and rites*, en CLEM. R. MARKHAM, *Narrative of the Incas*, Londres, 1873. G. H. PRESCOTT, *Historia de la conquista del Perú*, trad. esp., Madrid, 1847, tomo I, págs. 23-183. J. DE LA RIVA AGÜERO, *La historia en el Perú*, Lima, 1910. I. A. BELAUDE, *El Perú antiguo y los modernos sociólogos*, Lima, 1908. SAAVEDRA, *El Aillu*, La Paz, 1903. H. CUNOW, *Die altoperuanischen Dorf und Markgenossenschaften*, en *Das Ausland*, 1890, tomo LXIII, pág. 616 y siguientes ; *Das peruanische Verwandschaftsystem*, en *Das Ausland*, tomo LXIX, pág. 959 y siguientes ; *Die sociale Verfassung des des Inca Reiches*, Stuttgart, 1896. M. UHLE, *El Aillu peruano*, extraído del *Boletín de la Sociedad Geográfica*, Lima, 1911.

§ 16

EL MATRIARCADO EN LAS LEYENDAS INDÍGENAS DEL INTERIOR

Las costumbres prehistóricas dejan siempre marcados sus rastros en las tradiciones y leyendas. Nutrida por estas leyendas y tradiciones, la literatura arcaica y castiza proporciona frecuentemente al erudito elocuentes inferencias del antiguo comercio sexual y sistema de parentesco caídos desde largo tiempo atrás en desuso. En las sagas escandinavas se halla la novela de Siegmundo y Siegelinda, utilizada por Wagner para su trilogía *El Anillo del Niebelungo* (parte segunda, *La Walkyria*). El caso de esos hermanos gemelos, marido y mujer, puede muy bien considerarse como un recuerdo de los remotos tiempos del matrimonio consanguíneo, fraternal. En algunas piezas del antiguo teatro griego, como la tragedia *Las Euménides* de Esquilo, se encuentran gráficas constancias de la antigua filiación uterina.

Extraño sería, pues, que no halláramos, también entre las tradiciones y leyendas indígenas del Río de la Plata, ninguna que simbolizara y concretase recuerdos del antiguo sistema matriarcal. Algunos de esos pueblos indígenas llegaban al primer estadio de la barbarie y fueron interrumpidos en su natural desarrollo por la irrupción de los conquistadores. Carecieron de tiempo y mentalidad

suficiente para crear las hermosas fábulas e historias que llenan la literatura heroica de los antiguos pueblos orientales y europeos. Además, los españoles, militares o sacerdotes, no tuvieron para qué ocuparse en recoger esa poesía y folklore de primitiva cultura. Más tarde, por la acción civilizadora, muchos pueblos indígenas fueron poco a poco perdiendo su idioma y tradiciones, para dejarlos substituir por el idioma y las tradiciones de los conquistadores. Escasas e indigentes son las leyendas indígenas del país hoy argentino que han llegado hasta nosotros. Pero entre ellas hay una, la más bella y duradera, que se refiere precisamente, en nuestra opinión, al comercio sexual prehistórico. Es la del Kacuy, que ha puesto en verso el poeta nacional Rafael Obligado [1] y narra Ricardo Rojas en *El País de la Selva* [2]. Por nuestra parte y en persona, hemos podido recogerla *in situ*.

« En época muy remota, cuentan las tradiciones indígenas, una pareja de hermanos (un muchacho y una niña) habitaba un rancho en las selvas. Él era bueno ; ella era cruel. Amábala él como pidiéndole ventura para sus horas huérfanas ; pero ella acibaraba sus días con recalcitrante perversidad. Desesperado, abandonaba él en ocasiones la choza, internándose en las marañas ; y ella amainaba en el aislamiento sus iras, hilando alguna vedija en la rueca o tramando una colcha en sus telares. Mientras vagaba por la selva, el buen hermano pensaba en la hermana, y, perdonándola siempre, llevábale al rancho las algarrobas más gordas, los mistoles más dulces, las más sazonadas tunas. Vivían ambos de los frutos naturales en aquel siglo de Dios [3]. » Mientras él proveía a su subsistencia, pagaba ella sus mimos y caricias con desaires e injurias. Harto él de semejante ingratitud y desvío, resolvió vengarse y librarse de ella. Con engaño la llevó a la espesura, y le pidió que subiera á un árbol gigantesco, un abuelo del bosque, pa-

1. *Obras poéticas, El cacui,* París, 1906, págs. 251-262.

2. París, págs. 233-239.

3. Rojas, *El País de la Selva*, pág. 235.

ra robar sus panales a una de las tantas colmenas silvestres que por allí abundaban. Ascendiendo él detrás, hízola trepar hasta la copa altísima, y, después, fué descendiendo y desgajando con su hacha las ramas del árbol. La niña quedó así presa, sin poder seguir a su hermano, quien se volvió solo a su choza. Al cerrar la noche, ella se metamorfoseó en un pájaro nocturno, el Kakuy, que, « al romper el silencio de las breñas estremece las almas con su lúgubre canto », algo como un prolongado gemido humano [1].

Tal es la historia del Kakuy, semejante a la de aquella mujer convertida en lechuza, que trae Ovidio en *Las Metamorfosis ;* pero la fábula del poeta latino, invención del arte culto, no tiene el profundo sentido de la leyenda americana. Este no puede ser otro que un símbolo del fin que un buen día alcanza la organización matriarcal de la familia y aun el comercio sexual o matrimonio consanguíneo. Aquellos hermanos, varón y hembra, que hacían vida común en una choza, atendiendo él a la subsistencia de ella, forman a todas luces una pareja de marido y mujer. Como en los pueblos de costumbres prepatriarcales, el marido no tiene una autoridad muy definida sobre la mujer, y ésta goza de una relativa independencia. Más he aquí que se innovan los usos ; nace la autoridad marital, y quizá llegue a considerarse el connubio consanguíneo como contrario a la moral y buenas costumbres, en fin, como incesto. La terminación de la independencia femenina está representada en el castigo que sufre la hermana-esposa por autoritaria, zahareña y desobediente. Acaso también el sentimiento de reprobación al incesto se simboliza poéticamente en la pena que sufren los dos hermanos-cónyuges ; si ella se convierte en pájaro nocturno y espectral, queda él abatido y abandonado. Y no es improbable que la transformación de las costumbres sexuales fuera producida al contacto de la civilización aymará ; en tal caso, la brusquedad del desenlace puede ser consecuencia de la rapidez con que los indios conquistados acataron las leyes e instituciones de

1. *Ibid.*, pág. 233.

Tiahuanaco. Aunque éstas no parece que prohibieran mayormente el incesto fraternal, por lo menos establecían inequívocamente la autoridad del marido, consagrándolo verdadero jefe de la familia.

§ 17

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LOS CALCHAQUÍES

Los cronistas españoles no nos proporcionan datos sobre la institución de la familia en las tribus de los Calchaquíes. Eran estos indios demasiado guerreros y fuertes para avenirse a un sometimiento ; lucharon sin tregua más de un siglo, amurallándose en sus *pircas* sobre las montañas abruptas. Alguna población, la ciudad de Quilmes, después de vencida, para que no renaciera más tarde su resistencia, debió ser transportada como en masa a una región distante, la margen derecha del río de la Plata. Ningún europeo hubo que llegara a hablar corrientemente el dificilísimo idioma. Habían alcanzado los Calchaquíes un notable grado de civilización ; tenían su agricultura, su ganadería, sus industrias, sus instituciones religiosas, militares y políticas. Basta para apercibirse de ello contemplar, en la gruta de Caraguasi (Salta), el hermoso fresco precolombiano, que representa probablemente una batalla librada por ellos contra los Aymaráes.

Aunque nada digan los cronistas de las costumbres e instituciones de los Calchaquíes, el autor puede aportar al respecto sus personales observaciones. En 1905 visitó esos valles de la provinvincia de Salta [1]. Allí se encontró con descendientes, a juzgar por su tipo, de antiguos indígenas, muy probablemente Calchaquíes, aunque harto mezclados con otras razas altoperuanas y

1. En una de las expediciones científicas organizadas anualmente por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires. Véase JUAN B. AMBROSETTI, *Expediciones arqueológicas en la Pampa Grande* (provincia de Salta), Buenos Aires, 1906.

chaqueñas. Han adoptado el traje gauchesco y el idioma castellano, si bien lo hablan indigentísimamente, salpicándolo de palabras quichúas y calchaquíes, sobre todo para designar las especies más llamativas o útiles de la flora y la fauna locales. No han conservado, de sus viejas creencias, más que un vago recuerdo de la Pacha-Mama, diosa superior que confunden con la divinidad cristiana. Han recibido también el bautismo y olvidado sus usos castizos. Trabajan como peones en algunas poblaciones civilizadas. No obstante, si se les estudia detenidamente, se hallan en su institución familiar resabios de costumbres salvajes precoloniales.

Aunque rara vez se casan por el Registro Civil, y menos por la Iglesia, son aparentemente monógamos. El esposo y padre ejerce una autoridad tan amplia cuanto se lo permitan las leyes argentinas, sobre la mujer y los hijos. Pero, pese a las prédicas de curas y misioneros, no manifiestan mayor repugnancia al incesto. Es él frecuentísimo, sobre todo del padre con las hijas; ya lo es menos entre hermanos y hermanas; nunca pudimos observarlo entre la madre y los hijos. La madre tolera como cosa justa y conveniente, puesto que ella envejece, que el marido mantenga comercio sexual con sus propias hijas y bajo su mismo techo. En vano se les observará que eso es monstruoso para nuestra moral de hombres civilizados; sin entender tales admoniciones, ellos encontrarán absurdo que extraños se entrometan en costumbres tan íntimas y establecidas. Fuera de la época de fisiológico encelamiento, ni hombres ni mujeres son capaces de sentir esos celos del honor o de la propiedad exclusiva, celos en frío, tan arraigados en las gentes de cultura europea y cristiana.

En nada aprecian esos indígenas aparentemente civilizados la castidad de las muchachas solteras, ni la virginidad de la novia. Para los padres no es deshonroso ni alarmante que sus hijas menores se prostituyan por los caminos, lo cual ocurre apenas despunta en ellas la pubertad, a los nueve o diez años. Al contrario, mientras no quieren los padres retenerlas en el rancho como concubinas, eso les halaga, pues así hallarán las muchachas más pronto

marido. Seguramente a éste, siendo de su raza, no se le ocurrirá la extravagancia de pedirles cuenta de los actos anteriores al casamiento, o, mejor dicho, al amancebamiento estable y como definitivo, dado que no se casan ni civil ni religiosamente. Lo curioso es que la familia constituída sobre tales bases es de tan gran estabilidad, que rara vez o nunca sobreviene la separación o divorcio. Se mantiene en una relativa monogamia, al menos mientras la esposa no envejezca, más que todo por razones económicas. El hombre carece de medios para procurarse otras mujeres. Prodúcese así una situación de hecho cuando crecen las hijas. Como él las mantiene, si se hallan en edad y lo atraen, lo que ocurre casi siempre, las usa de concubinas. Es regular que, después, esas muchachas se casen. Al novio no le llamará la atención que tengan crías de su propio padre, dispuesto el mismo a seguir ese camino, cuando sean núbiles sus hijas o hijastras.

No puede decirse que rija el principio de masculinidad, por la sencilla razón de que esos indígenas carecen de bienes inmuebles. No son propietarios más que de sus cachivaches y herramientas. No habiendo nada valioso que heredar, los hijos no heredan propiamente. Más bien se reparten lo que haya, según las ocasiones. Los objetos domésticos de uso femenino quedan para las mujeres, los de uso masculino para los hombres.

Al observar tales costumbres, surge la duda si son supervivencias de tiempos prehistóricos o mera relajación de la moral moderna. ¿No se tratará acaso de gentes viciosas y depravadas, como existen en medio de las más altas civilizaciones, constituyendo la excepción? Posible es que algo de eso ocurra. Inducen a conjeturar que tuvieran una superior moralidad sexual los restos de su pasada civilización. Las alfarerías, las hachas y cetros de bronce, los enterratorios, las ruinas de la ciudad de Quilmes, y hasta algunos frescos que todavía se conservan, como el citado de la gruta de Caraguasi, revelan que se hallaban en el estadio inferior de la barbarie. Esa cultura reclamaría en la familia una organización patriarcal más o menos incipiente, respecto de la cual acusa-

rían las costumbres presentes cierta degeneración y retroceso. El contacto de la civilización europea habría antes pervertido que mejorado a los mansos descendientes de los bravísimos, los invencibles Calchaquíes. En tal caso, muy difícil sería inferir, de lo que hoy se ve, lo que fueron sus costumbres. Pero aun así quedan siempre algunos rasgos que no podrían explicarse por la decadencia de la raza y su envilecimiento; constituyen ellos, a todas luces, vestigios de otras épocas prehistóricas. La falta de repugnancia al incesto y de celos, así como la prostitución sistemática de las muchachas apenas púberes, no han de ser por fuerza vicios adquiridos en gentes que, bajo otros conceptos, se demuestran perfectamente disciplinadas y morales, y en las cuales el psiquiatra no descubre síntomas de una verdadera degeneración biológica.

§ 18

LAS COMUNIDADES AGRARIAS EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL ALTO PERÚ Y EL PERÚ

No es posible, al menos por ahora, establecer a ciencia cierta cuál fué, en sus rasgos generales, la propiedad y la organización de la familia y sistema de parentesco entre los diversos pueblos indígenas que, a la llegada de los españoles, se hallaban sometidos a la dominación incaica. Las noticias de los cronistas, como Sarmiento y Garcilaso, se refieren de preferencia a la legislación dada por los Incas, sin entrar a estudiar mayormente las costumbres e instituciones preincaicas, esto es, propias de los pueblos antes de su sometimiento. Por muy impositiva que fuera la dominación, es lo cierto que tales costumbres e instituciones no pudieron desaparecer de pronto. Además, todo nos induce a creer que la misma civilización incaica tuvo su origen en otra anterior del Alto Perú, probablemente la llamada aymará, de la que quedan los gigantescos testimonios de las ruinas de Tiahuanaco. Esa especie de comunismo incaico, imperial, que tratare-

mos en el capítulo respectivo, como institución de derecho público, no podía menos de tener antecedentes en otras poblaciones peruanas. El más señalado de todos es una antiquísima y rudimentaria forma de organización social, cimentada sobre la base del comunismo agrario, llamada genéricamente el *aillu.*

Datos y noticias fragmentarias de tal organización se encuentran en los principales cronistas, especialmente en Sarmiento. Algunos exploradores y arqueólogos modernos, como Max Uhle, han hallado que en nuestros días los indios de las sierras, desde Cajamarca hasta la Argentina, viven todavía en la antigua forma orgánica de los aillus, « cuya característica más prominente es el comunismo agrario. En algunas partes ha sido suprimida su forma por la autoridad del Estado ; en otras florece tanto más, con muchos de sus detalles antiguos. Esos aillus eran en tiempos anteriores las partes de que se componían las tribus. Ocuparon en forma comunista ciertas extensiones de terreno. El vínculo de consanguinidad ficticia unía a todos los miembros de cada agrupación. Todavía existen entre ellos el dominio común de la tierra que ocupan ; el sistema de ayudas mutuas en los trabajos grandes de los particulares, como la agricultura, construcción de casas, etc. ; el cuidado común para las viudas, huérfanos y familia de los ausentes del aillu ; y, en muchas partes, persiste la idea de un vínculo religioso que une a los miembros de la comunidad en oposición a los extraños. Este vínculo llega a hacerse visible, en diferentes regiones, por los bailes antiguos ejecutados por los miembros del aillu [1]. »

Los aillus venían así a ser una especie de agrupaciones gentilicias, sin duda originadas en la comunidad de origen y el parentesco ; pero, con el tiempo, perdido el cómputo y recuerdo del vínculo de sangre, la consaguinidad se hace ficticia o convencional. Varios aillus constituían una tribu. De esta manera el

1. Uhle, *El Aillu peruano,* extraído del *Boletín de la Sociedad Geográfica,* Lima, 1911, pág. 81.

aillu, como la familia moderna, puede considerarse una institución de derecho privado, o siquiera intermediaria entre ambos derechos, y la tribu, ya francamente de derecho público. Conviene recordar que ésta, la tribu, no alcanzaba una organización tan perfecta y definida como aquél, el aillu. La agrupación gentilicia, natural o artificial, respondía a una necesidad más inmediata e ineludible, la agricultura, y la tribu, sólo a la necesidad ocasional de la defensa de varios aillus vecinos contra un enemigo común. Claro es que semejante organización respondía a una técnica agrícola definida y a una vida sedentaria.

La tribu, o sea el conjunto de varios aillus establecidos en un territorio o región, solía dividirse en dos grupos geográficos de aillus : el *Hanansaya* y el *Hurinsaya*. Entre esos dos grupos existía cierto antagonismo y constante oposición [1]. Hasta nuestros tiempos, en los bailes tradicionales que conservan y ejercitan con ocasión de sus fiestas, en la plaza pública, no se mezclan jamás las muchedumbres del Hanansaya y el Hurinsaya ; lo contrario significa una grave ofensa [2]. « En ciertos días del año los indios del Hanansaya y el Hurinsaya marchan todavía a los cerros, librándose verdaderas batallas con bolas, lanzas, rifles, más por costumbre antigua que por ofensas particulares, repitiéndose lo que se practicaba ya en el Cuzco antiguo [3]. »

Mucho se ha discutido acerca del origen de los aillus. Aunque no puede asegurarse nada al respecto, nos inclinamos a la hipótesis de que el sistema existió primeramente en los indios Aymaráes del Alto Perú. Abónala el hecho de una más antigua civilización, y, por consiguiente, de anteriores costumbres agrícolas. De ahí debió de ser tomado, al par de la industria que lo ocasionaba, por los Quichúas. Los Incas lo establecieron en el Cuzco, generalizándolo después por todo su Imperio.

1. *Ibid.*, pág. 81.
2. *Ibid.*, pág. 81.
3. *Ibid.*, págs. 81-82.

§ 19

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL ALTO PERÚ Y EL PERÚ

La organización de los aillus supone un motivo económico, o, mejor dicho, un estado económico ambiente, el comunismo agrario, e implica un correlativo sistema de matrimonio y parentesco. No es fácil resolver si él fué o no netamente patriarcal. Los datos son escasos e imprecisos, y a primera vista hasta contradictorios. Con excelente fundamento, Max Uhle establece que « el aillu antiguo se constituía esencialmente de las mujeres y sus descendientes, figurando en el título del aillu sólo un hombre, el primer tío de todos los descendientes. De cierta importancia parece también la función del tío en muchas fiestas de familia en el Cuzco, y la costumbre que duró hasta el tiempo de la conquista, de que, en caso de muerte del marido, la viuda regresaba con los hijos al aillu de donde había procedido. Tales usos ayudan a comprender una costumbre tan curiosa como el casamiento del Khapaj Inca con su propia hermana [1]. » Junto a estos indiscutibles indicios de matriarcado se observa, sobre todo en los aillus del Cuzco, un cierto carácter patronímico. El principio de masculinidad existe en la familia incaica ; el título o apellido de familia, así como el trono, se heredan por línea de varón. De ahí un sistema que se debe considerar mixto y evolutivo. Puede aceptarse al respecto la teoría de Cunow, para quien « el carácter patronímico final de los aillus fué precedido por costumbres matriarcales » [2].

Con esta tesis concuerdan los datos sueltos que traen los cronistas acerca de las costumbres sexuales y el matrimonio en los pue-

1. *Ibid.*, pág. 89.

2. CUNOW, *Die soziale Verfassung des Inca Reiches*, págs. 38-39. Cit. por UHLE, *op. cit.*, pág. 38.

blos salvajes que fueron conquistados y civilizados por los Incas. « Muchas naciones se juntaban al coito como bestias, dice el Inca Garcilaso, sin conocer mujer propia, sino como acertaban a toparse, y otras se casaban como se les antojaba, sin exceptuar hermanas, hijas ni madres. En otras guardaban las madres, y no más. En otras era lícito, y aun loable, ver las mozas cuán deshonestas y perdidas quisiesen, y las más disolutas tenían más cierto su casamiento, que el haberlo sido se tenía entre ellos por mayor calidad. A lo menos las mozas de aquella suerte eran tenidas por hacendosas, y de las honestas decían que por flojas no las había querido nadie [1]. » Hasta aquí nos habla el Inca Garcilaso de costumbres que corroboran la moderna teoría matriarcal. Consigna luego algunos datos que prueban haberse pasado, en otras provincias, a formas más propias de la organización patriarcal de la familia. «En otras provincias usaban lo contrario. Las madres guardaban las hijas con gran recato. Cuando concertaban de las casar, las casaban en público, y, en presencia de los parientes que se habían hallado al otorgo, con sus mismas manos las desfloraban, mostrando a todos el testimonio de su buena guarda [2]. » Y por cierto que este desfloramiento artificial puede bien ser indicio de una reacción contra costumbres anteriores más libres, cuyo recuerdo no estaba todavía desarraigado en los ánimos.

Cieza de León es más explícito. Cuenta que, en ciertas tribus indígenas del Perú, en general, los maridos no estimaban la virginidad de la joven que tomaban por esposa. Antes del casamiento la desfloraban unas veces, en una especie de orgía, los vecinos y amigos, o bien los parientes y deudos del novio o de la novia. Otras veces, la propia madre, de una manera artificial, ante testigos. « Casábanse esos indígenas, dice el cronista, como lo hacían sus comarcanos, y aun oí afirmar que algunos, o los más, antes que casasen, a la que había de tener marido la corrompían,

1. Garcilaso de la Vega, *op. cit.*, tomo I, pág. 42.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 42.

usando con ella sus lujurias. Y sobre esto me acuerdo de que en cierta parte de la provincia de Cartagena, cuando casan las hijas y se ha de entregar la esposa al novio, la madre de la moza, en presencia de algunos de su linaje, la corrompe con los dedos. De manera que se tenía por más honor entregarla al marido en esta manera de corrupción que no en su virginidad. Y de la una costumbre o de la otra, mejor era la que usan algunas destas tierras, y es que los más parientes y amigos tornan dueña a la que está virgen, y en aquella condición la casan y los maridos la reciben [1]. »

De los datos apuntados por Cieza de León y Garcilaso de la Vega puede inducirse que, si no todos, una buena parte de los pueblos indígenas sometidos por los Incas tuvieron antes costumbres sexuales harto distantes de una firme y clara organización patriarcal de la familia. Es muy probable que el Inca historiador, no obstante su afán de magnificar la acción civilizadora de sus mayores, diga la verdad cuando insiste en que la conquista incaica propendió a mejorar la moral sexual de los pueblos conquistados.

Bajo el Imperio Incaico se inicia la acción del Estado en la constitución del matrimonio y la familia. Como veremos al estudiar el derecho público indígena, en el Cuzco, entre contrayentes de su raza, el Inca hacía de su mano los casamientos. En las provincias, entre el pueblo, lo hacían en su nombre sus ministros y representantes. Este sistema obedece a un nuevo orden económico que generalizó el imperio de los Incas sobre las tribus y pueblos que dominaba.

1. Cieza de León, *op. cit.*, pág. 402.

CAPÍTULO III

EL DERECHO PRIVADO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL SUR

§ 20. El matrimonio y la familia en los Patagones. — § 21. El matrimonio y la familia en los Araucanos. — § 22. Licencia de las jóvenes solteras en todos los pueblos indígenas. — § 23. Conclusiones sobre el derecho privado.

§ 20

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LOS PATAGONES

T. Falkner. *A description of Patagonia and the adjoining parts of South America,* Hereford, M.DCC.LXXIV. (Puede verse la trad. esp., en la Colección De Angelis, tomo I, págs. 301-349.) A. de Viedma, *Descripción de la costa meridional del Sur, llamada vulgarmente Patagonia,* en la Colección De Angelis, tomo V, págs. 441-499. L. de la Cruz, *Descripción de la naturaleza y costumbre de los Peguenches,* en la Colección De Angelis, tomo I, págs. 267-310. A. Pigafetta, *Primo viaggio in torno al globo terracqueo,* Milán, 1800. G. E. Cox, *Viaje en las regiones septentrionales de Patagonia,* Santiago de Chile, 1863. P. Sarmiento de Gamboa, *Viaje al Estrecho de Magallanes,* Madrid, 1768. F. F. Outes, *La edad de la piedra en Patagonia,* Buenos Aires, 1905.

El padre Falkner trae interesantes noticias sobre el sistema matrimonial de los indígenas del Sur. Parece referirse especialmente a los que llama Moluches, y asimismo Aucas o Araucanos; pero también deja entender que esas costumbres eran genéricas en

los pueblos que observa y describe, entre los cuales estaba uno que apellida, con voz araucana, « Tehuelches o Patagones meridionales ». De advertir es que sus noticias coinciden en sus líneas generales con las que nos ofrecen los cronistas respecto de los Araucanos de Chile. Surge aquí la duda de si el padre Falkner no nos describe costumbres de los Araucanos, generalizándolas vagamente a los Patagones. Ello es bien posible ; pero cuadra entonces la sospecha de si las costumbres de éstos, aunque más salvajes, no eran semejantes á las de aquéllos. El testimonio del padre Falkner, concordando en parte con el de Antonio de Viedma, nos induce a pensarlo así. Vayan, pues, aquí sus noticias, por lo que valgan respecto de los Patagones, y a falta de otras más determinadas y circunscriptas.

Parece que el casamiento, en los indios del Sur, incluso los Patagones, se hacían por venta, « comprando los hombres las mujeres a sus parientes más cercanos, y muchas veces muy caras. Su precio son cuentas, cascabeles, vestidos, caballos, o cualquier cosa de estimación entre ellos. Hacen su contrato con ellas, pagando parte del precio, cuando son muy jóvenes, y muchos años antes que tengan la edad competente para casarse. A cada indio le es permitido tener cuantas mujeres pueda comprar o mantener. Las viudas o huérfanas tienen libertad de casarse con quien quieran ; las demás están obligadas al contrato de venta, aun contra su inclinación. Rara vez sucede, no obstante, que un indio tenga más de una mujer (aunque algunos han tenido dos o tres a la vez, especialmente los *ghulmenes* o caciques), ocasionado de no haber muchas, y éstas tan caras, que a veces aun ni una quieren.

« Gastan poca o ninguna ceremonia en sus casamientos. Al tiempo señalado, los parientes conducen a la novia a la habitación del esposo, y la dejan con él, o la esposa se va por sí misma, estando cierta de ser bien recibida. A la mañana siguiente la visitan sus parientes, antes de levantarse, y, encontrándola en la cama con su esposo, el matrimonio está concluído. Siendo pagados muchos de

estos matrimonios por una misma la mujer, se la desprecia ordinariamente. La contumacia de la mujer apura algunas veces la paciencia del marido, quien entonces suele echarla de casa o venderla al sujeto que ella más quiere. Otras veces la mujer huye de su marido, obliga a éste a estarse quieto, y a aguantar la afrenta y pérdida de su mujer, a menos que un amigo aun más poderoso no haga que el galán la restituya, o componga la materia [1]. »

Como se ve, se trata de una especie de matrimonio temporario, en el cual el vínculo matrimonial es de duración variable y escasa formalidad. Mas cuando los esposos están de acuerdo y tienen hijos, se separan con dificultad, aun a la extrema vejez. « El marido protege a la mujer contra cualquiera injuria, tomando siempre su partido, aunque ella no tenga razón, lo cual causa frecuentemente efusión de sangre. No obstante, no le quita esta adhesión el derecho de reprenderla en secreto. Rara vez le pone las manos, y, sorprendiéndola en un trato criminal, echa toda la culpa al galán, a quien corrije con toda severidad, si no satisface la culpa con un buen regalo [2]. »

En tal sistema de matrimonio, la falta de celos y hasta el desapego del marido por la mujer son sin duda síntomas de que no se había llegado a una organización definidamente patriarcal ; lo cual es lógico, dada la incipiencia de la cultura entre los Patagones, quienes se hallaban todavía en una edad neolítica, más bien protohistórica. Nótanse en tal sentido supervivencias de una época de mayor promiscuidad sexual. « Tienen tan poca decencia en estos asuntos, dice el padre Falkner, que muchas veces envían supersticiosamente, al mando de los hechiceros, sus mujeres a los bosques a prostituirse con el primero que encuentran ; pero también hay algunas que no quieren obedecer al marido, ni tampoco a los hechiceros [3]. » Siendo los hechiceros sacerdotes de un culto fetichista,

1. Falkner, *A description of Patagonia,* págs. 125-127.
2. *Ibid.,* págs. 125-126.
3. *Ibid.,* pág. 126.

se trata ahí de una verdadera prostitución religiosamente consagrada, aunque en su forma más grosera y primitiva.

No se hallan datos precisos para conjeturar si la filiación era uterina o paterna. Lo único que indirectamente pudiera traerse a colación es que el cacicazgo era decididamente hereditario [1], y que se verificaba suntuosas y solemnes ceremonias fúnebres, enterrando al muerto y consolando a su viuda o viudas y parientes [2].

En las ceremonias fúnebres noticiadas por el padre Falkner, son notables el luto y las obligaciones que se asignan a la viuda o viudas del difunto. « Las viudas están obligadas al llanto y al ayuno por todo un año después de la muerte de sus maridos, reduciéndose a estar encerradas en sus tiendas, sin comunicación con persona alguna, a no salir de ellas sino para las necesidades de la vida, a no lavarse las manos ni la cara ennegrecidas con el ollín, y a abstenerse de carnes de caballo y vaca, y, tierra adentro, donde no hay abundancia, de las de avestruces y guanacos, aunque pueden comer cualquier otra cosa. No pueden durante el año casarse mientras el luto, pues, si en este tiempo ha tenido la viuda comunicación con algún hombre, no habiendo ella sido violentada, los parientes del difunto matan a ambos. No he descubierto que los hombres estén obligados al mismo llanto en la muerte de sus mujeres [3]. »

Antonio de Viedma exploró las costas patagónicas en 1780, y observó indígenas Patagones que, a pesar de la fecha, aun no habían tenido trato alguno con los españoles ú otros europeos [4]. Según dicho cronista los casamientos se verificaban por compra que el hombre hacía de la mujer al padre o a cualquier otro a cu-

1. *Ibid.*, pág. 120.

2. *Ibid.*, pág. 118.

3. *Ibid.*, pág. 119.

4. A. de Viedma, *Descripción de la costa meridional del Sur, llamada vulgarmente patagónica*, en la Colección De Angelis, tomo V, págs. 441-499.

yo cargo estuviera ella. El padre, tutor o encargado no consultaba la voluntad de la joven, formalizando el contrato matrimonial sin su aquiescencia. El precio dependía de sus calidades, buen parecer y conducta. El hombre podía tener una, dos o más mujeres propias, conforme á sus medios para comprarlas y mantenerlas ; pero raramente se casaba con más de una, a menos de ser cacique o indio de grande autoridad. « El que más llega a tener son tres mujeres, y todo marido puede vender las suyas a otros. Cuya venta hace poco apreciables a las mujeres, y se dan por lo mismo en muy poco precio, comprándolas (a las mujeres casadas) solamente los pobres, que se surten de este modo porque carecen de medios para adquirirlas de primera mano. No hay tampoco inconveniente en venderlas a cualquier pariente, como no sea hijo o hermano de la vendida, porque todos los demás grados los tienen dispensados. Son muchos los casamientos que se hacen de esta especie, por lo caro que cuestan las mujeres solteras ; las malas, interín son mozas, guardan la virginidad ; pero, en perdiendo aquella esperanza, se entregan á todos. Las casadas, cuyo marido que les trató su padre o tutor es de su gusto, le guardan suma fidelidad ; en las que no, hay muchos trabajos, bien que el adulterio no es delito como no sea a vista del marido. En este caso culpan al adúltero y no a ella ; y tampoco así se castiga, pues, por medio de algún corto interés, perdona este agravio el marido [1]. »

La mujer es verdadera servidora del marido. Mientras éste se ocupa de proveer al diario sustento por medio de la caza y la pesca, ella « tiene obligación de guisar la comida, traer el agua y la leña, armar y desarmar el toldo en las marchas, y cargarlo y descargarlo. En nada de esto la ayuda el marido, aunque ella esté enferma, pues ha de sacar fuerzas de flaqueza. Además, ha de coser el toldo, que es de cuero de guanaco grande, y también ha de coser todos los demás cueros de cama y vestidos [2]. » No obstante costumbres

1. *Ibid*, pág. 495.
2. *Ibid*, págs. 492-493.

tan rudas, los Patagones eran cariñosos con su prole, cuidando de su subsistencia y educación [1].

§ 21

EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN LOS ARAUCANOS

P. DE CÓRDOBA Y FIGUEROA, *Historia de Chile,* en la *Colección de historiadores y documentos relativos a la historia nacional,* Santiago, 1862, tomo I. F. DE PINEDA Y BASCUÑAN, *Cautiverio feliz,* en la Col. cit., Santiago, 1863, tomo, III. M. DE OLIVARES, *Historia militar civil y sagrada del reino de Chile,* en la Col. cit., Santiago, 1864, tomo IV ; *Historia de Chile,* en la Col. cit., Santiago de Chile, 1901, tomo XXVI, págs. 1-101. C. SUÁREZ DE FIGUEROA, *Hechos de don García Hurtado de Mendoza, cuarto marqués de Cañete,* en la Col. cit., Santiago, 1864, tomo V. P. MARIÑO DE LOVERA, *Crónica del reino de Chile,* en la Col. cit., Santiago, 1865, tomo VI. V. CARVALLO DE GOYENECHE, *Descripción histórico-geográfica del reino de Chile,* en la Col. cit., Santiago, 1875-1876, tomos VIII, IX y X. P. A. DE OVALLE, *Histórica relación del reino de Chile,* en la Col. cit., Santiago de Chile, 1888, tomos XII y XIII. P. GÓMEZ DE VIDAURRE, *Historia geográfica, natural y civil del reino de Chile,* en la Col. cit., Santiago de Chile, 1889, tomos XIV y XV. A. GONZÁLEZ DE NÁJERA, *Desengaño y reparo de la guerra de Chile,* en la Col. cit., Santiago de Chile, 1880, tomo XVI. J. PÉREZ GARCÍA, *Historia de Chile,* en la Col. cit., Santiago de Chile, 1900, tomos XXII y XXIII. J. J. MOLINA, *Compendio de la historia civil del reino de Chile,* trad. esp., en la Col. cit., tomo XXVI, Santiago de Chile, 1901, págs. 103-376. T. GUEVARA, *Historia de la civilización de Araucanía,* Santiago de Chile ; *Costumbres judiciales i enseñanza de los Araucanos,* Santiago de Chile, 1904 ; *Sicolojía del pueblo Araucano,* Santiago de Chile, 1908 ; *Los Araucanos en la revolución de la independencia,* Santiago de Chile, 1910 ; *Folklore araucano,* Santiago de Chile, 1911.

Los Araucanos vivían principalmente de la caza y la pesca y de los frutos naturales. Practicaban una agricultura y poseían una ganadería incipientes. La propiedad de la tierra era común. Pero, como conseguían acumular cierta riqueza, compuesta de los productos de la agricultura y la ganadería, y también de sus utensilios y armas, la propiedad privada se definía ya netamente. Cada

1. *Ibid,* pág. 495.

cual era dueño de su choza, huerta, y de cuanto allí se contenía. Hallábanse, pues, los Araucanos, en el estadio inferior de la barbarie. Correspondía a tal estado cultural, en la familia, un sistema de poligamia, donde se iniciaba el patriarcado y fenecía el matriarcado, aunque no sin dejar notables huellas.

« A la llegada de los españoles al territorio araucano existía la costumbre de adquirir la mujer por rapto simulado, supervivencia sin duda de la captura real. El acto que establecía las uniones sexuales, el matrimonio de las sociedades civilizadas, constaba de dos partes : el rapto i la cancelación de la deuda que se contraía al arrebatar una mujer. Una vez que el comprador o novio ajustaba el negocio con el padre, i en su defecto con el hijo mayor, disponía los pormenores de la sorpresa. Rodeaba la casa con sus parientes y amigos, i él o los de la comitiva se dirijían al interior en busca de la niña, siendo ayudados, con piedras, palos i tizones, por las mujeres, niños i viejas. Los hombres, respetando la costumbre, permanecían indiferentes, a un lado o tendidos en el pasto [1]. » « El padre podía recobrar a su hija si no se le pagaba el valor estipulado, caso raras veces visto, porque era deshonroso para un individuo i contrario a la moral araucana. El marido podía negar el pago únicamente por muerte prematura de la mujer, o pedir la devolución de las especies entregadas cuando aquélla abandonaba el hogar conyugal [2]. »

En esta manera de formalizarse el matrimonio puede considerarse rastro de una antigua costumbre matriarcal la indiferencia de los hombres (padre o hermano) en el acto del rapto simulado. Pero, en el matrimonio, la autoridad del marido era la de todo un *pater familias*. « Siendo una cosa comprada, la mujer se hallaba en absoluto a disposición de su propietario, quien la obtenía en calidad de esclava para que le hiciera la comida, sembrara,

1. T. GUEVARA, *Costumbres judiciales i educación de los Araucanos*, pág. 19.

2. *Ibid.*, pág. 22.

tejiese, condujera el agua, la leña, i tomase, en suma, a su cargo los trabajos de la casa y del campo. El marido la golpea despiadadamente por el descuido de alguna de sus obligaciones, por displicencia i hasta por caprichos de la embriaguez. Ella, con todo, cumple resignada su misión abrumadora y servil ; cree que todo eso es un sistema muy natural i conforme a las prácticas de sus antepasados [1]. » De ahí se concluye que, en Araucanía, estando establecida la poligamia, y siendo la mujer una propiedad del hombre y el matrimonio una transacción bilateral, dominaba la autoridad paterna [2]. No se consideraba delito que el hombre matara a su mujer y a sus hijos, porque en tal caso el marido y el padre disponían sencillamente de personas de su pertenencia, « derramaban su propia sangre » [3]. Mas parece que el cariño y respeto filial no eran muy profesados y durables. Por de pronto, también los hijos podían matar impunemente a sus padres ; el parricidio no se consideraba delito [4]. Y por cierto que ello es síntoma de un sistema, si patriarcal, aun poco definido y nada perfeccionado.

El sistema de parentesco parece que era más bien agnaticio. « La poligamia propendía a establecer un sistema de parentesco numeroso. Como en muchas sociedades rudimentarias, casi todos los miembros de una agrupación araucana estaban ligados por los lazos de la sangre o la afinidad [5]. » Hay al respecto esta interesante noticia en un cronista : « Presumen ellos, los indios, de linajes o descendencias y de apellidos, porque hay casas que se nombran del sol, otras de leones, raposas, ramas y cosas semejantes, de que hay parentelas que se ayudan y favorecen en sus

1. *Ibid.*, pág. 22.

2. *Ibid.*, pág. 42.

3. OLIVARES, *Historia de Chile*, pág. 45. GÓMEZ DE VIDAURRE, *Historia de Chile*, pág. 324. Citados por T. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 42.

4. T. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 42.

5. *Ibid.*, pág. 24. De notarse es que el parentesco cognaticio tenía una nomenclatura distinta del agnaticio. Véase T. GUEVARA, *op. cit.*, págs. 24-27.

disenciones y bandos, y tanto es que se precian de estos apellidos, que sólo les falta usar de escudo de sus armas [1]. » Lo cual indica y confirma que la organización patriarcal de la familia, aunque imperfectísima todavía, estaba más adelantada en los Araucanos que en los pueblos indígenas del Río de la Plata.

La familia, basándose en el parentesco agnaticio o por línea masculina, se componía: del padre, como su centro y fundamento; la madre o madres, porque generalmente eran varias; los hijos de todas esas mujeres, y algunos sobrinos u otros parientes, que completaban el grupo familiar [2]. « Uno de los caracteres predominantes de la sociedad familiar fué siempre el despotismo del jefe i la sumisión de los elementos componentes. Tenía derecho de vida i muerte dentro de su casa, i solía intervenir en los negocios de la parentela i del resto de sus allegados, si su poder material imponía temor a todos [3]. » Él proveía al sustento de todos, y todos le obedecían servilmente. Era afectuoso con sus hijos, y los educaba.

« Dentro del régimen patriarcal, los hijos esperaban i recibían de sus padres cuanto significaba para ellos fortuna y reputación, como nombre, sustento, animales i muebles. Por consiguiente, se dejaba sentir con mayor intensidad el respeto i la sujeción al padre. En cambio, la madre, que había llegado al hogar por compra, que vegetaba en él abrumada por el trabajo i los golpes, envilecida, sin derechos de posesión, no inspiraba ningún sentimiento de consideración, ni podía tener la menor influencia en las decisiones de los hombres [4]. »

Como consecuencia de tal organización social, la comunidad de la familia adquiría robusta y preponderante existencia. « El senti-

1. González de Nájera, *Desengaño y reparo de la guerra de Chile,* pág. 46. Citado por T. Guevara, *op. cit.,* pág. 27.

2. T. Guevara, *Sicolojía del pueblo araucano,* pág. 33.

3. *Ibid.,* pág. 35.

4. *Ibid.,* pág. 35.

miento de esa comunidad se manifestaba muy vivo ; el egoísmo dentro de la familia, siendo contrario al bienestar de todos, se reputaba defecto o vicio denigrante y capitalísimo... La voluntad colectiva dominaba con un poder absoluto, incontrastable, ante el cual el individuo, a diferencia de lo que sucede en las sociedades contemporáneas, deponía ciegamente la suya... Este sentimiento de la familia anulaba el de cualquiera otra unidad mayor, como el de la tribu. Todo, en efecto, se desenvolvía en torno de la familia. En el espacio de terreno que se reconocía como de su dominio trabajaban sus miembros para ella i no para los demás grupos. Nadie, ni a título de aliado, podía instalarse en el espacio de terreno de un grupo patriarcal, sin la aceptación tácita de la comunidad, i sin la declaración previa del recién llegado de pertenecer a ella. El extenso radio del distrito familiar favorecía, por otra parte, estas ocupaciones [1]. »

§ 22

LICENCIA DE LAS JOVENES SOLTERAS EN TODOS LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Puede bien sentarse, a guisa de regla general común a las costumbres de todos los pueblos indígenas de los países del Río de la Plata, la completa libertad sexual de las jóvenes solteras. Es algo como la célebre y ya citada prostitución religiosa de las vírgenes de Babilonia, y, en cierto modo, una supervivencia protohistórica. Apenas púber, mientras no tenga marido a su lado, la joven busca y encuentra en todas partes amantes. La doncellez carece de mérito, la castidad no es virtud.

Para que pudiese la joven iniciar su carrera como de libertinaje y prostitución, requeríase que se consagrara solemne, pú-

1. *Ibid.*, págs. 35-36.

blica y como oficialmente, que había llegado a la edad de la pubertad. ¡Hecho sugestivo! La oportuna consagración de la pubertad de la mujer parece ser una de las instituciones ceremoniales y simbólicas más prolijas y ostentosas en las costumbres de esos pueblos indígenas.

« Es raro el modo con que los Guaraníes trataban a las doncellas la primera vez que sentían el menstruo, dice el padre Lozano. Luego que les empezaba ese inmundo achaque metían a la paciente en una hamaca o red, donde la cosían, al modo que si la amortajaran, sin dejar libre sino una abertura hacia la boca para poder respirar. Dábanle a comer con mucha tasa, por dos o tres días, y, al cabo de ellos, la entregaban a una matrona muy trabajadora a que la trabajase a su arbitrio, ocupándola en cosas que la fatigasen hasta rendirla. Traíanla esos días sucia y afanada... Hechas esas experiencias, le cortaban el pelo, y era ley inviolable que no había de gustar carne de ningún animal terrestre o volátil hasta que, creciendo los cabellos cortados, le cubriesen las orejas. En ese tiempo había de ser tan exacta la modestia, que era crimen levantar los ojos para mirar a algún varón... Á todas estas pruebas era consecutivo arrearlas con sus mejores atavíos, que no pasaban de unas cuentas de vidrio azul. Desde entonces les era lícito conocer varón, porque hacerlo antes del primer menstruo se reputaba sacrilegio irremisible, que no se pagaba sino con la vida [1]. »

El padre Guevara narra la ceremonia de esa especie de consagración pública de la edad núbil femenina, punto por punto como el padre Lozano. Pero le da una significación absurda, al consignar que se imponía a las jóvenes « la ley del recato y la modestia; y se les intimaba, con el ejercicio mismo de repararlas, la obligación de ser circunspectas, y el inviolable estilo de bajar los ojos y de no fijarlos livianamente en el rostro de los hombres. ¡Raro y admirable documento de honestidad en gente tan bár-

1. Lozano, *op. cit.*, tomo I, págs. 397-398.

bara [1] ! » ¡ El padre Guevara interpreta así la ceremonia, como si se hiciera con jóvenes cristianas y europeas y constituyese una conminación a que fueren castas ! Tal vez hasta cierto punto lo fuera, en reacción contra el excesivo libertinaje de una época pasada de promiscuidad sexual... De hecho, dábase licencia a las jóvenes para que fornicaran libremente con los hombres, hasta que encontrasen marido ; mas no sin intimarles que no debían abusar de esa licencia. Cabe así una interpretación que diría ecléctica, considerando la costumbre como un vestigio de matriarcado en una sociedad que se iniciaba en un sistema patriarcal todavía muy imperfecto.

Entre los Charrúas, « el día que aparece primero la menstruación, según Azara, pintan a las mujeres tres rayas azules obscuras : la una cae verticalmente desde el cabello hasta la punta de la nariz, siguiendo el caballete de ésta, y las otras dos una a través de cada sien. Estas rayas son indelebles, porque las trazan picando la piel y poniendo arenilla negruzca [2]. » Dada la incultura de esos indígenas, no puede menos de atribuirse importancia a un tatuaje cuya técnica no es del todo fácil. Por algo había de hacerse. Las rayas venían á ser, además de un adorno una patente de licencia sexual, que las jóvenes llevaban así, desde que eran púberes, materialmente escrita en el rostro. El padre Lozano nada dice de ese tatuaje ; posible es que en su tiempo no se practicase todavía, habiéndolo imitado más tarde de los Charrúas algunas tribus Guaraníes. Constituía él, aparte de su valor decorativo o estético, un rasgo más en la solemnización y publicidad de la edad púber de las mujeres.

« La virginidad de la mujer no se ha apreciado jamás entre los Araucanos. Casi es común que llegue al hogar sin este dón tan cuidado hasta en algunas sociedades incivilizadas. Las niñas solteras, *úlcha,* disponían en sus relaciones de cierta independencia

1. GUEVARA, *op. cit.,* pág. 45.
2. AZARA, *op. cit.,* tomo I, pág. 190.

que contrastaba con la sujeción de las mujeres casadas [1]. » En la borrachera de sus reuniones se verificaba una promiscuidad que no solía respetar ni los vínculos de parentesco de primer grado [2]. La prostitución de las mujeres, antes que encontrasen marido, era en cierto modo la regla general.

Las grandes borracheras periódicas de los Araucanos se convertían en orgías, donde era común la prostitución de las solteras libres. « Los hombres, particularmente los jóvenes, se apartaban con ellas del concurso. Pernoctaban muchos en una misma habitación, o salían de ella, juntos los casados i sin orden ni reserva los demás. Esas solteras libres, *curre domo, ñúa mangeve,* tenían costumbres extremadamente fáciles. Ejercían la prostitución desde tiempo inmemorial, recorriendo los distintos lugares sin obstáculo de nada. Se les hospedaba en las viviendas adonde llegaban, sin tomar en cuenta los peligros de corrupción para la familia [3]. » Todo lo cual hace pensar que probablemente se trata de una costumbre tan antigua y castiza, que, como la prostitución babilónica, estaba santificada por las creencias o supersticiones populares.

§ 23

CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO PRIVADO

Desde sus principios remotos, el hombre ha practicado normas técnicas, las relativas al arte, construcción de armas y utensilios, y normas éticas, las jurídicas y morales, relativas a la conducta. Todo ese conjunto de normas que regulan la actividad humana, técnicas y éticas, se basan en las necesidades de la conservación del individuo y la multiplicación de la especie, cuyas necesidades de-

1. ROSALES, *op. cit.*, tomo I, pág. 143. NÚÑEZ DE PINEDA, *Cautiverio feliz*, pág. 137. Citados por T. GUEVARA, *Costumbres judiciales*, pág. 23.

2. T. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 23.

3. T. GUEVARA, *Sicolojía del pueblo araucano*, pág. 42.

terminan el nacimiento del derecho de propiedad, derecho-tipo, y de la organización de la familia, el vínculo jurídico-tipo. En la propiedad y la familia elementales del salvaje se hallan potencialmente todas las instituciones jurídicas y políticas, que constituyen una suerte o superevolución de los instintos animales. El derecho tiene así una raíz biológica.

Este concepto biológico del derecho se demuestra una vez más en los usos y costumbres de los indígenas que habitaron los países del Río de la Plata en épocas precoloniales. Su concepto de la propiedad y de la familia se ajustaban, en primer lugar, a las necesidades fisiológicas ; en segundo, a la técnica y economía ambientes. No había propiedad privada de la tierra, porque la agricultura no existía o era aun muy imperfecta y como ocasional. Había en cambio un concepto de propiedad colectiva del territorio de caza y pesca, porque ello era indispensable a la subsistencia de la tribu.

En el comercio sexual y la organización de la familia, fluctuantes entre el matriarcado y el patriarcado, nótase una regla invariable : cuanto mayor fuese el perfeccionamiento de la técnica primitiva, más firme era la organización de la familia y más duradera y genérica la autoridad del padre y jefe de la asociación o comunidad familiar. Venía así a dependerlo todo, en última instancia, del instrumento de producción. Mientras fué éste el arco y la flecha, mientras los hombres vivían de los frutos naturales, la madre era la encargada de los hijos, y en ella estribaba probablemente la filiación. Cuando se atesoran los productos de la caza y la agricultura, cimentándose la autoridad paterna, la filiación se sigue del padre, sobre todo al fin hereditario. Se establece fija y definitivamente el principio de masculinidad.

Los viejos cronistas insisten en la herencia paterna, descuidando la filiación materna. Es que ellos observaron, principal y casi exclusivamente, no la familia privada del indio anónimo, antes bien la familia pública del cacique militar. Efectivamente, el cacicazgo, como veremos en el capítulo siguiente, cuando era hereditario, se heredaba por línea de varón; lógico es que así fue-

ra, dado su carácter más o menos militar. Pero, ¿ quiere ello decir que los indios que no fuesen caciques siguieran también la filiación paterna? Parécenos evidente que la cuestión no puede resolverse en una forma categórica y general. En los pueblos más atrasados hallamos probabilísimo que la filiación fuera todavía materna. Entre los más adelantados, como los Guaraníes, el parentesco resulta más bien agnaticio; pero con abundantes e irrefragables vestigios de un sistema cognaticio anterior, y aun no del todo caduco.

SECCIÓN II

EL DERECHO PÚBLICO

CAPÍTULO IV

EL DERECHO PÚBLICO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS RÍOPLATENSES

La misma nómina bibliográfica que el capítulo I.

§ 24

EL CACICAZGO MILITAR DE LOS INDÍGENAS DEL RÍO DE LA PLATA Y EL INTERIOR

Cuando llegaron los primeros españoles, ninguna de las naciones indígenas que habitaban la cuenca ríoplatense era pastora; no conocían animal doméstico alguno [1]. Tampoco se alimentaban exclusivamente de frutos de la tierra, porque el país no los daba, sino en pocos y determinados distritos, durante una sola estación del año y con cierta escasez [2]. Vivían errantes, de la caza y la

1. AZARA, *op. cit.*, tomo I, pág. 302.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 302.

pesca. Algunos pueblos ensayaban también una agricultura todavía muy rudimentaria. Como hemos visto, hallábanse en un estado verdaderamente salvaje, sin haber transpuesto los dinteles de la barbarie.

En esos pueblos parece que no se reconocía otra autoridad que la militar, indispensable para la guerra. La guerra, defensiva y ofensiva, por los territorios de caza, era una costumbre continua y necesaria. Pues bien, por desorganizada que ella fuera, y no demostró serlo tanto cuando se resistía a los españoles, necesitábase en cada tribu o agrupación la autoridad de un jefe. Aquél por sus condiciones, heredadas o adquiridas, hacía de tal, era naturalmente el cacique. Esto es al menos lo más probable en las tribus al propio tiempo atrasadas y belicosas, como las de los pueblos Charrúas. Su cacicazgo había de ser forzosamente militar.

Existía, si no gobernaba, en cada tribu o grupo, un cacique. El cargo era a veces como hereditario. Pero, generalmente, lo desempeñaba quien hubiera demostrado mejores aptitudes militares; pues que éstas se heredan, los hijos, cuando eran dignos de sus padres, solían sucederles en el mando. No había más institución política definida que el cacicazgo, siendo las supersticiones, ya que no creencias religiosas, aun bastamente fetichistas.

De los indígenas del Río de la Plata y el interior del país dice el padre Guevara, hablando en general, que « su gobierno era de los más infelices que pueden caer en la humana aprensión. Todo se reducía al cacique que hacía cabeza, y a algunas parcialidades de indios que le seguían. Por lo común, cuando decimos cacique, que era cabeza y soberano, entendemos solamente un reyezuelo y señor de pocos vasallos : de treinta, ochenta o cien familias que le siguen, y le pagan algún tributo, labrándole sus chácaras y recogiéndole sus frutos... Entre los Guaraníes, el séquito era mayor, y mayor el número de vasallos ; pero no tanto que nos atrevamos a contar por millares los tributarios de cada cacique, y más fácil será multiplicar millares de reyezuelos que los súbditos de cada uno. Una cosa loable tenían estos soberanos, que no

agravaban con imposiciones y pechos los trabajos y laboriosidad de sus vasallos, contentos con el corto reconocimiento de pegujales o chácaras que les labraban, o peces y cazas que les recogían para el sustento de la *familia real*. Al paso que la utilidad de sus afanes estaba libre de gravámenes, eran ellos amantes de sus caciques, compensando el desinterés de éstos con tierno cariño y rendimiento envidiable. Verdad es que algunas naciones sólo en tiempo de guerra obedecen a sus reyezuelos; pero las más en todos los tiempos les profesan amor, sujeción y vasallaje [1]. »

Todos los cronistas, y para la mayor parte de las tribus indígenas, insisten en que el cacicazgo era frecuentemente hereditario. « El cacicazgo lo hereda el primogénito, y en su defecto entra el segundo y tercer hijo [2]. » En otra parte, el mismo padre Guevara dice que « el cacicazgo pertenece *de jure* al primogénito » [3]. Mas ello no obsta a que, « a las veces, sin reprensible intruisión, por las proezas militares, se gana con indios secuaces, éstos le aclaman cacique, y queda constituído rey con vasallos que le sirven y tributarios que le beneficien en sus tierras » [4]. A este respecto puede conjeturarse que el caso de cacicazgo militar impuesto por las circunstancias y no hereditario debió de ser más común de lo que nos dicen los cronistas. Probable es que, en punto a la herencia del cacicazgo, exageren o generalicen demasiado, ya engañados por el ejemplo europeo, ya por consideración a las instituciones patrias.

Aunque los agoreros o hechiceros tenían siempre algún ascendiente moral sobre los indígenas, parece que entre los del Río de la Plata no existió más dignidad firme y estable que el cacicazgo. « Toda distinción de nobleza y plebe se tomaba de los caciques. Los que no descendían de ellos eran tenidos por plebeyos, a dis-

1. Guevara, *op. cit.*, págs. 40-41.
2 *Ibid.*, pág. 46.
3. *Ibid.*, pág. 41.
4. *Ibid.*, pag. 46.

tinción de los demás en que corría la misma sangre, los cuales eran mirados con el respeto y veneración que las otras naciones acostumbran tener con las personas reales. No sólo los indios miraron con obsequioso acatamiento a los caciques y a su descendencia, sino aun los españoles mismos observaron en ellos un carácter de nobleza, y tan señoril majestad de operaciones, que entre sus bárbaros modelos les hacían distinguirse de la inculta plebe, y no dudaron emparentar con ellos, casando con sus hijas. No tenían estos caciques la ostentación de monarcas, que se admiraba en los Incas peruanos y en los Motezumas mexicanos; pero, en medio de una extrema pobreza y barbarie inculta, hacían aprecio de lo noble y se gloriaban de ser señores de vasallos, que les miraban con respeto y servían con fidelidad [1]. »

Puede inferirse que, aparte del cacicazgo, carecían de instituciones políticas. Aun, como ese cargo era principalmente guerrero, el cacique no se ocupaba de administrar justicia entre los suyos. Su autoridad militar tenía suma importancia, puesto que se trataba de pueblos belicosos, para los cuales la guerra era una necesidad y el extraño siempre un enemigo.

El estado rudimentario de la técnica explica la completa falta de riquezas, que sólo pueden acumularse donde se ejercita la ganadería o haya adquirido cierto desarrollo la agricultura. En rigor, no existía el derecho de propiedad más que para el poseedor de las armas, utensilios y presas, y mientras los poseyera. No hacían así falta asambleas ni jueces. Esa propiedad primitiva era respetada, en cada tribu, por los usos seculares. En cambio, constituía acto válido y hasta glorioso robar y despojar al extraño.

Entre los pueblos del interior, sobre todo de la región andina, existieron, como sabemos, algunos más civilizados. Son notables los Calchaquíes, quienes vivieron en aldeas fortificadas y en continua guerra con los pueblos comarcanos. Es de conjeturarse que los Calchaquíes y algunos otros de esos pueblos indígenas en esta-

1. *Ibid.*, pág. 41.

do de barbarie que habitaban el interior del país y la región andina, tuviesen sus instituciones políticas, religiosas y ceremoniales. Pero poco nos dicen de todo ello los cronistas de la época colonial. Debemos, pues, atenernos a sus mejores noticias sobre los pueblos más bien nómades establecidos en la cuenca ríoplatense, llegando a la conclusión de que el cacicazgo militar ha sido la única institución de derecho público sólida y genéricamente establecida por estos países en la época precolombiana.

§ 25

LA GUERRA EN LOS INDÍGENAS DEL RIO DE LA PLATA

El estado de aislamiento y de guerra de las tribus constituía, de hecho, el principio básico de lo que ahora llamaríamos su « derecho de gentes ». Como entre los primitivos griegos y romanos, como en todos los pueblos salvajes y bárbaros, el extranjero era el enemigo. No existiendo capitalización ganadera o agrícola, las guerras tenían por objeto, no la conquista o el cobro de tributos, ni siquiera el botín, antes bien el desalojar a la tribu vecina del territorio de caza. Careciendo de medios y de objeto para el establecimiento de la esclavitud, el vencido y prisionero de guerra era ferozmente sacrificado. La mayor parte de los cronistas pretenden que también se le comía, como si el procurarse el alimento de carne humana fuese uno de los principales motivos y fines de la guerra entre los indígenas del Río de la Plata. Pero ello nos parece tan inseguro, que se impone al respecto prudente duda.

Difícil e interesante punto por resolverse, en materia de las costumbres de esos pueblos ríoplatenses, es si eran realmente antropófagos. Los cronistas lo afirman de algunos con cierta uniformidad y concordancia, así como lo creyeron los Romanos de los Cartagineses y lo consignan graves historiadores [1]. El padre Lozano cuenta que los Guaraníes, a los enemigos que cautivaban

1. Por ejemplo, TITO LIVIO, XXIII, 5.

vivos en la guerra, los cebaban con abundancia de manjares, para matarlos, cuando estaban suficientemente gordos, en una horrible ceremonia pública. La res humana se descuartizaba, repartiéndose las presas entre todos los individuos de la tribu, quienes encontraban tal manjar no sólo agradable, sino muy especialmente fortalecedor del cuerpo y el ánimo de los guerreros, grandes y chicos [1]. El mismo apetito de carne humana atribuye el padre Lozano a los Caaiguas [2]. De los Charrúas dice que, apoderándose por engaño de Juan Díaz de Solís y sus acompañantes, los mataron. Después, « según sus bárbaros ritos, hicieron pedazos su cadáver y los de sus compañeros ; y, en un paraje donde podían observar los del navío tan cruel carnicería, se pusieron a asarlos, para darles sepultura en sus vientres » [3]. Idéntica sepultura, cuenta dicho cronista, dieron los « naturales de Mbiaza » — tal vez Caribes, o bien Charrúas, — a Diego de Mendieta y su séquito, sin olvidar el espeluznante detalle de que el espectáculo fué visto por los hombres que estaban en las carabelas, no lejos de la costa [4]. El padre Guevara repite la historia de Solís [5]. De los Guaraníes « y otras naciones Caribes », dice un cronista que « tenían su mayor celebridad en el banquete que prevenían de los cautivos » [6]. El canto I del poema *La Argentina,* de Barco Centenera, trata « de los Chiriguanos o Guaraníes, gente que come carne humana » [7]. Ulderico Schmidel consigna que los Carios « comen carne, aunque sea humana, si pueden adquirirla » [8]. Hasta de los nobilísimos Incas no ha faltado historiador o cronista que

1. Lozano, *op. cit.*, tomo I, pág. 389.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 414.
3. *Ibid.*, tomo II, pág. 10.
4. *Ibid.*, tomo III, pág. 205.
5. Guevara, *op. cit.*, pág. 84.
6. *Ibid.*, pág. 42.
7. Barco Centenera, *op. cit.*, pág. 184.
8. Schmidel, *op. cit.*, pág. 288.

les atribuya la costumbre de la antropofagía [1]. Justamente indignado, desmiente la aserción el Inca Garcilaso de la Vega, no sin consignar que « caso tan inhumano no se debía decir sino en sabiéndolo muy sabido » [2].

No obstante el testimonio de esos y otros cronistas, juicioso es poner en duda que estuviera así generalizada la antropofagía en los pueblos indígenas del Río de la Plata. Algunos de ellos, como los Guaraníes, habían alcanzado un grado de civilización que rara vez se aviene con tan repugnante costumbre. Para que no recurrieran a ella eran suficientemente abundantes los alimentos que les proporcionaba el medio geográfico, en caza y pesca, y la agricultura. Los cronistas más verídicos, a partir de los tiempos de Azara, no insisten en la versión. Por su parte, dicho Azara desmiente la fábula que sobre la muerte de Solís trae el padre Lozano. Reconoce que lo mataron los indios Charrúas; pero dice que no se lo comieron, ni a él ni a sus acompañantes en el arriesgado desembarco [3].

Nuestra personal opinión es que, si bien pudieron ser regularmente caníbales indios tan salvajes como los Caaiguas, no lo serían por lo común los Charrúas. Aun cuesta creer que lo fuesen los Guaraníes, o, siquiera, que la costumbre haya sido tan general y frecuente como relata el padre Lozano. Lo probable es que, no siendo antropófagos de ordinario, comieran por necesidad esos indígenas a sus prisioneros de guerra en épocas de completa escasez, de espantosa sequía. Antes de que los españoles introdujesen el ganado vacuno y caballar y éste se reprodujera silvestremente en las pampas, por razones climatéricas, a pesar de los relativos recursos del país, debían sobrevenir esas épocas, periódicamente, de tarde en tarde. La fantasía y jactancia de unos y la credulidad e insipiencia de otros han hecho generalizar a los cronistas el caso excepcional y aislado, el caso de fuerza mayor.

1. Garcilaso de la Vega, *op. cit.*, tomo I, pág 112.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 121.
3. Azara, *op. cit.*, tomo I, pág. 182.

Viéndose en la misma época terrible y de ruda necesidad que los indígenas, los más pulcros europeos pueden llegar a devorarse, no sólo prisioneros de guerra, sino también unos a otros. Recuérdese el hambre que pasaron los primeros pobladores de Buenos Aires en 1537, según los cronistas. « Faltándoles totalmente la ración, comían sapos, culebras, y las carnes podridas que hallaban en los campos, de tal manera, que los escrementos de los unos comían los otros, viniendo a tanto extremo de hambre, como en tiempo que Tito y Vespasiano tuvieron cercada a Jerusalén : comieron carne humana. Así le sucedió a esa mísera gente, porque los vivos se sustentaban de la carne de los que morían, y aun de los ahorcados por justicia, sin dejarles más que los huesos, y tal vez hubo hermano que sacó la asadura y entrañas a otro que estaba muerto, para sustentarse con ellas [1]. » Esto, que trae Ruy Díaz de Guzmán, lo repiten Barco Centenera [2] y Schmidel [3]. En la edición originaria de su libro, Schmidel ilustra el caso con un siniestro grabado, donde se ven tres cadáveres pendiendo de una horca ; a dos les han cercenado ya las piernas ; al tercero, un soldado, subido a una escalera, le corta la única que le queda y la agarra como presa preciosa ; en el interior de una carpa se entrevé un grupo de hombres que asan y tragan la carne humana ; en otra, se cuece con ella, dentro de magna olla, un suculento puchero... ¡ Sin embargo, nadie ha acusado hasta ahora a los españoles de caníbales !

Para concluir, convendría recordar las ideas científicas acerca de la antropofagía. Ampliamente se ha discutido si, por regla general, era antropófago el hombre paleolítico. Owen, Spring, Vogt, Capellini y otros [4] pretenden que lo fué. Los Mortillet lo niegan [5].

1. Díaz de Guzmán, *op. cit.*, pág. 36.

2. *Op. cit.*, pág. 202.

3. *Op. cit.*, pág. 282.

4. Citados por G. y A. de Mortillet, *Le préhistorique*, París, 1900, pág. 336.

5. G. y A. de Mortillet, *op. cit.*, pág. 336.

« Para el hombre paleolítico (que carecía de toda idea religiosa) el hombre muerto era semejante al animal que acababa de abatir. Sin embargo, él comía al animal y no al hombre muerto. Es este un sentimiento que se observa generalmente en todos los animales, sentimiento desenvuelto por el instinto de conservación de la especie [1]. »

De esas opiniones, parécenos más aceptable la de los Mortillet. Pero es el caso que el hombre precolonial del Río de la Plata no se hallaba en la época paleolítica, en la protohistoria, sino más bien en la época neolítica, en la prehistoria. Los pueblos más atrasados, según se desprende de la información de los cronistas, pulimentaban la piedra y profesaban ciertas ideas religiosas. En tal estadio de la cultura, el superior del salvajismo, la antropofagía deriva de dos causas : la necesidad de alimentarse y las normas y principios de la religión. En los Aztecas, por ejemplo, ambas causas existían : un ambiente desprovisto de recursos y una religión de ritos feroces y precisos [2]. Pues bien, ninguna de ellas se presenta con generalidad en los indígenas del Río de la Plata. El medio, como se dijo, aunque no fuera siempre abundante, no carecía de víveres naturales, salvo en los tiempos de sequía. Y, respecto a las ideas religiosas, en los Charrúas y en los mismos Guaraníes, los dos pueblos a quienes mayormente se imputa esa costumbre de la antropofagía, eran muy vagas y superficiales. Sólo por excepción se comerían a los prisioneros. La guerra, como también se dijo más arriba, tenía otras formas y objetivo : la defensa del territorio de caza, o bien, cuando no bastare a las necesidades de la tribu, la adquisición de uno nuevo ya ocupado por otra, a la que había que desalojar.

1. *Ibid.*, pág. 336.

2. Véase A. de Solís, *Conquista de México*, en *Historiadores primitivos de Indias*, Madrid, 1867, tomo II (Biblioteca Rivadeneyra, tomo XXVIII), pág. 293.

§ 26

EL CACICAZGO CULTURAL DE LOS GUARANÍES

Entre los Guaraníes, dice Azara, «el cacicazgo es una especie de dignidad hereditaria, como nuestros mayorazgos; pero muy singular, porque el que lo posee no difiere de los demás indios en casa, vestido, ni insignia; no exige tributo, respeto, servidumbre, ni subordinación, y se ve precisado a hacer lo que todos para vivir. Tampoco manda en la guerra, y, si es tonto, toman otro [1].»

«Vivían los Guaraníes en su gentilidad, dice el padre Lozano, en poblaciones tan pequeñas que no merecían el nombre de pueblo. Sus casas parecían aduares de álarbes montaraces; pero mostraban algo de racionales en la forma de su gobierno, pues, aunque divididos en muchas parcialidades, respetaba cada uno por cabeza a su cacique, que en su idioma apellidaban *tubichá,* y en que ellos reconocían todos nobleza hereditaria, fundada en que sus mayores habían adquirido vasallos con su valor o gobernando sus pueblos [2].»

«Pero no sólo se ennoblecía con el nacimiento, sino que adquirían de nuevo la nobleza con la elocuencia de su idioma... El que sobresalía en la elocuencia se granjeaba el séquito de su nación, y muchos, prendados de sus palabras, se le daban por vasallos, con que, siendo tronco de su linaje, ennoblecía a sus descendientes, de los cuales el primogénito heredaba siempre el cacicazgo. El vasallaje que profesaban a los caciques los *mbayás* o plebeyos, era labrarles las tierras, sembrar y coger las mieses, edificarles sus casas, seguirles a la guerra», y entregarles sus hijas, si los caciques las apetecían [3].

1. AZARA, *op. cit.,* tomo I, pág. 227.
2. LOZANO, *op. cit.,* tomo I, págs. 383-384.
3. *Ibid.,* tomo I, pág. 384.

Combinando los datos del padre Lozano y de Azara infiérese que, entre los Guaraníes, existió una especie de cacicazgo hereditario. Su origen, en los tiempos heroicos, cuando sus tribus conquistaron el dilatado y fértil país, debió ser militar. El padre Lozano lo expresa categóricamente. Los mayores que habían fundado su nobleza adquiriendo vasallos con su valor o gobernando pueblos, llegaron sin duda a imponerse por su fuerza y destreza, como caudillos o capitanes en la guerra. Luego, en la paz, la dignidad había cambiado de carácter ; entonces pudo valer para conservarla, y aun para adquirirla, más la elocuencia que la destreza, más la inteligencia que la fuerza. Viene así a constituirse el gobierno, a pesar de su origen militar, en un verdadero cacicazgo cultural.

El padre Lozano cuenta que, entre los conquistadores, se discutió jurídicamente la validez institucional del cacicazgo hereditario. « Se les quiso poner pleito a esta nobilísima calidad, persuadiendo a un real ministro muy recto que jamás tuvieron cacique, ni esa era dignidad hereditaria, porque al tiempo de formar el padrón no eximiese del tributo a los caciques y a sus herederos. Clamaron éstos, que, aunque bárbaros, sentían verse heridos en el punto de su nobleza y adocenados con la plebe. Ventilóse la materia en forma jurídica, y probaron su derecho con tanta evidencia que dejaron conformes a sus adversarios. Su Majestad, informado de todo, dió a su favor la sentencia, eximiendo de la pesada carga del tributo a los caciques y a sus primogénitos [1]. »

El padre Guevara confirma las noticias del padre Lozano sobre lo que llamamos el cacicazgo cultural de los Guaraníes. « Entre los Guaraníes, dice, la elocuencia y culta verbosidad de su elegante idioma era escala para ascender al cacicazgo. No abría escuelas esta nación para la enseñanza de su lengua ; pero el aprecio que se hacía de los cultos estimulaban el cuidado y sugería el estudio de palabras bien sonantes [2]. »

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 384.
2. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 41.

No deja de ser altamente extraño ese cacicazgo cultural, que casi se podía llamar culterano, o por lo menos literario, ¡ y en un país que carecía de literatura escrita ! Surge la sospecha de que tal estado de cosas se produjera sólo después de establecidas las misiones, y como consecuencia de la enseñanza de los jesuítas. Pero es lo cierto que éstos no se ocuparon de dar tal enseñanza literaria a los indios, antes bien la dieron esencialmente agrícola. Su política había de empeñarse en matar ese espíritu poético, no sólo porque era resabio y estímulo de gentilidad, sino también porque podía ser opuesto a los intereses económicos de los misioneros. Tanto para evangelizarlos, cuanto para obligarlos a trabajar en su provecho, los jesuítas debieron hacer inteligente guerra a la cultura nacionalista y dialéctica.

Puede explicarse más bien semejante cultura por la idiosincrasia del Guaraní. Entonces los jesuítas, en vez de haberla producido por su enseñanza, a ella debieron las facilidades de su dominación sin igual en la historia. Aquel pueblo se dejó reducir tan buenamente porque era manso e imaginativo de suyo. El cacicazgo cultural, lejos de explicarse por el evangelizamiento jesuítico, lo explica. Las noticias de los padres Lozano y Guevara se refieren formalmente al estado silvestre de los indios, y no al civilizado. Debemos creerlas, a pesar de la sorpresa que causan, pues sin ellas no se explicaría el hecho más sorprendente de que un puñado de curas implantara su imperio sobre tantos millares de indios, que, en el fondo de su alma, siguieron siendo salvajes e idólatras.

CAPÍTULO V

EL DERECHO PÚBLICO EN LOS DEMÁS PUEBLOS INDÍGENAS

§ 27. El derecho público incaico. — § 28. El cacicazgo militar de los Patagones. — § 29. El cacicazgo militar y político de los Araucanos. — § 30. La justicia en los Araucanos. — § 31. Conclusiones sobre el derecho público de los pueblos indígenas.

§ 27

EL DERECHO PÚBLICO INCAICO

La misma nómina bibliográfica que el capítulo II.

El gobierno del Imperio Incaico constituía el más completo y típico absolutismo teocrático. Ejercía el poder supremo un príncipe, el Inca, perteneciente a la extensa familia gobernante que llevaba ese nombre. Esta era, al parecer, de una raza más inteligente que el mismo pueblo conquistador, y, según los cronistas, hasta hablaba un idioma distinto, ininteligible para el resto de la población. Atribuíase a la familia incaica un origen divino ; descendía del Sol, que era la divinidad suprema, y de su hermana y esposa la Luna [1]. En tanto se cuidaba la filiación materna, a fines hereditarios, que se daba al Inca por legítima esposa una hermana suya, y, a falta de ella, alguna prima o parienta cuya clarísima estirpe fuera la misma. Los Incas poseían además gran número de concubinas, heredándose principalmente por línea de varón la nobleza y el apellido o título de familia. La familia incaica, pues que

1. Garcilaso de la Vega, *op. cit.*, tomo 1, págs. 47-48.

se contaban las descendientes por línea masculina desde sus diversos orígenes, remontándose todos hasta el mismo Sol, el padre común, venía a ser numerosísima. Constituía la verdadera y superior, si no única nobleza de la república. Agrupada alrededor de la persona del Inca, formaba una extensa corte que lo servía fielmente y defendía de asechanzas y traiciones; de ese linaje procedían todos los altos funcionarios militares, religiosos y civiles. Inferiores a ellos venían a ser los curacas o caciques, que desempeñaban la jefatura de las distintas tribus y pueblos sometidos á la unidad del Imperio.

La religión, aunque en ella predominase el culto al Sol como Dios primero y supremo, era en realidad politeísta. Acompañaban al Sol varias deidades inferiores : la Luna, el rayo, el trueno, los vientos, ciertos planetas. Aun se agregaban los ídolos de pueblos sometidos. Pero, así como la personalidad del Inca encarnaba y absorbía todo el poder humano, el Sol representaba en cierto modo todo el poder divino. Su culto y liturgia era uno de los más complicados que la historia ofrece. Los sacerdotes pertenecían siempre a la casta privilegiada. El Sumo Sacerdote era la segunda autoridad del Estado, pues sólo cedía a la del príncipe; hermano del Inca, éste lo designaba con nombramiento vitalicio.

La tierra se dividía en tres grandes partes, cuya proporcionalidad no puede establecerse fijamente. Una era para el culto del Sol, otra para el Inca y la tercera para el pueblo. Las producciones de las tierras del Sol subvenían al costosísimo culto y a su inmenso sacerdocio. Las de las tierras del Inca, a sus necesidades, de fausto incomparable, y a las de sus servidores y parientes. El resto de la tierra se dividía por cabezas entre el pueblo. Como éste no queda jamás estacionario, las reparticiones de tierra se hacían anualmente, teniendo en consideración los aumentos y diminuciones en cada familia; para ello se llevaba prolija cuenta de las defunciones, casamientos y nacimientos. Las parcelas que correspondían a cada uno eran iguales, salvo para los curacas, a quienes se acordaba mayor espacio de tierra, de acuerdo con su gobierno y dignidad.

Nación esencialmente conquistadora, venció y sometió a los pueblos vecinos. Para el gobierno de tan dilatado Imperio, los Incas lo dividieron en cuatro partes, llamándolo *Tavantinsuyo,* esto es, « las cuatro partes del mundo » : Oriente, Poniente, Septentrión y Mediodía. « Pusieron por punto o centro la ciudad del Cozco, que en la lengua particular de los Incas quiere decir « ombligo de la Tierra ». Llamáronla con buena semejanza ombligo, porque todo el Perú es largo y angosto, como un cuerpo humano, y aquella ciudad está casi en el medio [1]. »

La organización interna y administrativa de aquellos pueblos era admirable. « Para principio y fundamento de su gobierno inventaron los Incas una ley, con la cual les pareció podrían prevenir y atajar los males que en sus reinos pudiesen nacer. Para lo cual mandaron que, en todos los pueblos grandes y chicos de su Imperio, se registrasen los vecinos por decurias de diez en diez ; y que uno dellos que nombraban por decurión, tuviese cargo de los nueve. Cinco decurias destas de a diez tenían otro decurión superior, el cual tenía cargo de los cincuenta. Dos decurias de a cincuenta tenían otro decurión superior, que miraba por los ciento. Cinco decurias de a ciento estaban sujetas a otro capitán decurión, que cuidaba de los quinientos. Dos compañías de a quinientos reconocían a un general, que tenía dominio sobre mil ; y no pasaban las decurias de mil vecinos porque decían que, para que uno diese buena cuenta, bastaba encomendarle mil hombres. Desta manera había decurias de a diez, de a cincuenta, de a ciento, de a quinientos, de a mil, con sus decuriones o cabos de escuadra, subordinados unos a otros, de menores a mayores, hasta el último y más principal decurión, que llamamos general [2]. » Claro es que en el recuento sólo se consideraban los varones adultos ; las mujeres y los niños venían a quedar indirectamente sometidos a la misma jurisdicción que el correspondiente jefe de familia.

1. *Ibid.,* tomo I, pág. 122.
2. *Ibid.,* tomo I, pág. 123.

Los jefes de cada una de esas parcialidades ejercían una verdadera magistratura social. Les correspondía, según su grado y jurisdicción, a los inferiores denunciar los delitos ante los superiores, y a éstos juzgarlos irremisible, inapelablemente. La omisión de esas denuncias o acusaciones, de parte de aquellos a quienes incumbían, se castigaba con la misma pena que hubiese correspondido a los autores del delito. Las leyes dictadas por el Inca, siendo el propio Sol quien se las mandaba a su hijo, debían cumplirse con la mayor estrictez [1]. La pena era tan grave que, por liviano que fuese el delito, se aplicaba la de muerte [2]. Todo el derecho imperial correspondía a lo que ahora llamanos el derecho penal; no se legislaba el derecho civil propiamente dicho; la transgresión a la ley constituía siempre un delito, y capital. Ello se comprende fácilmente si se tiene en cuenta el régimen económico y político. En el pueblo no había ricos ni pobres, y, por consiguiente, ni contratos ni obligaciones. Por otra parte, la sujeción al poder era como un mandato de la divinidad, cuya desobediencia implicaba el mayor de los crímenes. La rebelión de un curaca era naturalmente castigada con la pena de muerte; no obstante, siendo hereditario el cargo, lo heredaban sus hijos [3].

La magistratura suprema, si así podemos llamarla, que ejercía el Inca, y por delegación sus ministros, constituía, permitiéndosenos el término, una especie de *tutela universal*. Las gentes del pueblo no eran personas *sui juris* en el sentido clásico de esta expresión; vivían bajo la tutela de sus curacas. Estos mismos estaban, al menos nominalmente, bajo la del Inca. Con toda propiedad puede decirse que no había en el Imperio persona que no fuese en cierta manera *alieni juris,* salvo el Inca, y acaso también el Sumo Sacerdote. Así, el Inca casaba a sus parientes, y, en su nombre, sus ministros casaban a sus súbditos. « Es de saber que cada año,

1. *Ibid.,* tomo I, pág. 128.
2. *Ibid.,* tomo I, pág. 127.
3. *Ibid.,* tomo I, pág. 126.

o de dos en dos años por tal tiempo, mandaba el rey juntar a todos los mozos y mozas casaderas que en la ciudad del Cozco había de su linaje. Las mozas habían de ser de diez y ocho a veinte años, y los mozos de veinte y cuatro arriba: y no les permitían que se casasen antes, porque decían que era menester que tuviesen edad y juicio para gobernar casa y hacienda; porque casarlos de menor edad era todo muchachería. El Inca se ponía en medio de los contrayentes, que estaban cerca unos de otros, y, mirándolos, llamaba a él y a ella, y a cada uno tomaba por la mano y los juntaba, como que los unía con el vínculo del matrimonio... Estas eran las mujeres legítimas, y, para mayor favor y para honra dellas, las llamaban en su lengua « entregadas por la mano del Inca ». Habiendo casado el rey a los de su linaje, al día siguiente sus ministros, que para ello estaban diputados, casaban por la misma orden a los demás vecinos de la ciudad [1]. »

Sistema análogo regía en las provincias del Imperio. La poligamia existía de hecho entre los miembros de la familia incaica y los curacas, si bien todos distinguían a la mujer legítima de las demás mujeres. En el pueblo era obligatoria la monogamia. El ceremonial de los casamientos no implicaba que el Inca y sus ministros casaran a las gentes contra su voluntad, antes sólo que su anuencia o autorización era necesaria, como lo es en nuestro derecho la de los padres o tutores para que contraigan matrimonio los menores de edad.

Quizá no ofrece la historia ejemplar de nación conquistadora donde fuera más rigurosa la asimilación total de los conquistados. Si bien dejaban subsistir el poder de los antiguos caciques, cuando ellos les fueran fieles, transformándolos en curacas, los Incas imponían por doquiera su ley y sus costumbres. Más aún; imponían el idioma del Cuzco, el quichúa. Pero para ello se servían, más que de la fuerza, que hubiera resultado impotente, de oportunos y hábiles medios culturales. « Después de sujetarse la provin-

1. *Ibid*, tomo I, págs. 282-283.

cia, lo primero que el Inca hacía era que, como en rehenes, tomaba el ídolo principal que aquella tal provincia tenía, lo llevaba al Cozco : mandaba que se pusiese en un templo hasta que el cacique y sus indios se desengañasen de la burlería de sus vanos dioses, y se aficionasen a la idolatría de los Incas, que adoraban al Sol. No echaban por tierra los dioses ajenos, luego que conquistaban la provincia por la honra della, porque los naturales no se desdeñasen del menosprecio de sus dioses, hasta que los tenían cultivados en su propia religión. También llevaba el Inca al Cozco al cacique principal y a todos sus hijos, para los acariciar y regalar, y para que ellos, frecuentando la corte aprendieran, no solamente las leyes y costumbres y la propiedad de la lengua, mas también sus ritos, ceremonias y supersticiones ; lo cual hecho, restituía al curaca en su antigua dignidad y señorío, y como rey mandaba a los vasallos le sirviesen y obedeciesen como señor natural [1]. »

La vuelta del curaca a su país se celebraba con enormes festines y regocijos públicos, donde el pueblo sometido comenzaba a admirar y agradecer la generosidad y superior civilización de sus conquistadores. Las grandes obras públicas servían a los Incas de medio para propagar su cultura. La puntualísima organización de su sistema de postas, por medio de *chasquis,* tenía en continua comunicación a la capital con los confines del Imperio. Cuando un pueblo se mostraba rebelde, transportaba parte de sus habitantes a otro de probada fidelidad, y viceversa, parte de éste al pueblo rebelde ; de tal modo se aseguraban la estabilidad de sus dominios. Emprendían los Incas las conquistas paso a paso, sin apresurarse, cuando estaban seguros de mantener las antes conseguidas. Había así alcanzado aquel Imperio, cuya decadencia parecía ya iniciada al llegar los españoles, su admirable y persistente cohesión y disciplina.

La conquista incaica, aunque de origen militar como toda conquista, se hacía y cimentaba luego de una manera marcadamente

1. *Ibid.,* tomo I, pág. 362.

pacífica y cultural. Era una lenta compenetración que acababa por transformar y aun por quitar al pueblo conquistado sus costumbres, sus instituciones, su religión, hasta su idioma. Semejante procedimiento se explica, de parte del pueblo conquistador, por una secular unidad de acción, como si un mismo gobierno hubiera emprendido y terminado todas las conquistas, antiguas y modernas. Era esa en realidad la mayor fuerza de la política de los Incas : proceder siempre continuando y perfeccionando lo anterior, sin apresurarse nunca, seguros de que su obra lenta e histórica sería a su vez continuada y perfeccionada. De parte de los pueblos conquistados, tal política se haría sólo posible cuando fueran en realidad más o menos salvajes aun, y de carácter poco o nada belicoso ; entonces su reducción sería más completa. El nuevo régimen, aunque gravoso y tiránico, venía a mejorar sus condiciones de vida. Al iniciarlos en la agricultura y demás técnica de un pueblo civilizado y civilizador, reportábase a los individuos y grupos evidentes beneficios. Se les ponía a cubierto de las inclemencias de una existencia nómada y fatigante; se les proporcionaba medios de regular y relativamente fácil subsistencia; se les sacaba, en suma, de un estado precario, para ofrecerles una *aurea mediocritas* que, por su falta de carácter y su indolencia tropical, venía a constituir para ellos un gran adelanto y una notable mejoría en el bienestar y la felicidad general. « Como los reyes ingas que mandaron ese imperio, dice Cieza de León, fueron tan sabios y de tan buena gobernación y tan bien proveídos, establecieron cosas y mandaron leyes a su usanza, que, verdaderamente, si no fuera mediante ello, las más de las gentes de su señorío pasaran gran trabajo y vivieran con gran necesidad, como antes que por ellos fueran señoreados [1]. » Si los pueblos vecinos poseyeran mayor cultura y un carácter más enérgico y decidido, la conquista incaica hubiera sido imposible. Tal ocurrió probablemente con los Cal-

1. Cieza de León, *op. cit.*, pág. 442.

chaquíes ; aunque alguna vez llegaran a ser vencidos, lo que es dudoso, nunca fueron dominados por los Incas, cuyo poder mantuvieron en jaque al llegar a sus fronteras.

La característica del derecho incaico, en punto a su contenido, fué la completa absorción del derecho privado por el derecho público. En realidad no existía, sino reducido a insignificante mínimum, el derecho privado. La propiedad privada se concretaba a los alimentos y vestidos, siendo adquirida, aunque por el trabajo del individuo, más bien como una concesión del Estado. El individuo no era propietario de la tierra ; era el Estado quien se la prestaba para que la usufructuase, mediante el pago o entrega de una parte de la cosecha. El individuo no era tampoco definitivamente propietario de su casa y habitación ; la construía por concesión del Estado, para que le sirviera durante su vida ; a su muerte, el Estado, por medio de sus representantes y ministros, determinaba a quién correspondía suceder en la posesión de la casa. De modo indirecto o directo, era el Estado en definitiva el único sujeto de verdaderos derechos, imprescriptibles, inalienables. Derechos hereditarios no existían propiamente, sino respecto á bienes muebles, ropas y utensilios, y, aun así, eran los oficiales reales quienes los repartían, o sancionaban con su confirmación el repartimiento. En todas partes, al menos para los modernos tiempos, el derecho público se superpone y prima sobre el privado, aunque en éste se originase; pero, en el Estado incaico, no sólo no se originaba propiamente en el privado, salvo sólo de manera muy remota, sino que, además de sobreponerse y primar sobre él, lo disolvía y anulaba. Es ello el principio imperialista llevado a sus últimas consecuencias en las costumbres de la vida privada y el trabajo individual. Por tanto, nunca tuvo mayor realidad, ni en los más teocráticos imperios orientales, el postulado de la escuela analítica inglesa : « Lo que el soberano permite, lo manda [1]. » La organización

1. Sumner Maine, *Las Instituciones primitivas,* trad. española, Madrid, pág. 335.

patriarcal de la familia y el sistema de parentesco agnaticio, aunque de derecho existían más o menos vaga y difusamente, no tenían un objeto económico de derecho privado; antes bien el objeto, perteneciente al derecho público, de la administración y el censo. No con esto quiere decirse, naturalmente, que faltasen a los individuos las libertades primordiales para un desenvolvimiento siquiera elemental de la vida humana. Existían, en cuanto el individuo podía casarse, tener hijos y reservar para su consumo una parte de la cosecha. Mas existían tan limitadamente, que no llegaban a constituir un cuerpo substantivo de direcho privado, sino simples accesorios del derecho público. La superestructura económica del Imperio nos da la clave de tan singulares instituciones.

En punto a su forma, el derecho incaico era al mismo tiempo legal y no escrito. Carecía esa civilización de un sistema de escritura gráfica, y sin embargo no se carecía de leyes, antes al contrario, todo estaba librado en definitiva a las leyes dictadas por los Incas y muy poco á las costumbres locales de los pueblos. Es que, aun cuando faltase una escritura gráfica, al modo de las antiguas del Viejo Mundo, no faltaban medios ingeniosímos de fijar el derecho, como si estuviera escrito. Para eso servía el numeroso grupo de sabios o letrados, los *haramautas,* quienes utilizaban al efecto, a más de su memoria y preparación, los *quipos.* Constituían éstos un complicadísimo sistema de hilos de colores y nudos simbólicos, que representaban las ideas y las palabras de una manera clara y estable. Los haramautas, encargados de conservar y perpetuar las tradiciones del Imperio, difundían y conservaban también las leyes dictadas por los Incas, todo por medio de quipos. Vastísimo y bien disciplinado grupo de esos sabios y juristas a su manera, verdaderos técnicos de aquel derecho público universalmente absorbente, existía diseminado por todos los pueblos del Imperio. Ellos instruían en sus dudas y deberes á los jefes, administradores y jueces, pues tenían y guardaban el concepto que diremos científico de la legislación. Apenas dictada una ley por el Inca, se transmitía por mediación de velocísimos chasquis a todos

los haramautas, hasta los últimos confines del Imperio. Los chasquis transportaban, además de mensajes verbales, los quipos; cuando en éstos iba un hilo rojo de la vincha del Inca, no podía dudarse que de él procedían. El hilo era como el sello de los emperadores romanos y de los antiguos Papas: un certificado de autenticidad para la publicación de la voluntad soberana. Por tal manera, sin inscripciones, sin papiros ni pergaminos, la ley dictada venía a quedar como escrita y publicada. El pueblo no necesitaba conocerla directamente; para ello le bastaba con las indicaciones que le hacían, en nombre del Inca, las autoridades provinciales y locales.

§ 28

EL CACICAZGO MILITAR DE LOS PATAGONES

La misma nómina bibliográfica que el § 20.

Siguiendo su tendencia y habitual procedimiento, el padre Falkner engloba vagamente a los « Tehuelches o Patagones meridionales » en un grupo de pueblos indígenas del sur, principalmente compuesto por los Moluches, que llama también Aucas o Araucanos, en tal caso patagónicos. De las indicaciones de dicho cronista se desprende que el cacicazgo de los Patagones era de carácter militar como el de los Araucanos, aunque sin llegar a la organización más o menos política que éstos alcanzaron en el reino de Chile.

« No es fácil figurar una forma de gobierno o constitución civil entre estos indios, dice el padre Falkner, refiriéndose genéricamente a los que poblaban el sur. El poco que tienen parece que consiste en un pequeño grado de sujeción que deben a sus caciques. El oficio de éstos es militar y no electivo, teniendo todos los hijos de un cacique derecho para tomar esa dignidad. Se encuentran algunos indios que la dejan por su poca importancia.

« El cacique tiene poder de proteger a cuantos se le acogen ; de componer o hacer callar en cualquier diferencia o disputa, o de entregar al ofensor para ser castigado con pena de muerte, sin dar razón de ello, porque en estos casos su voluntad hace ley. Generalmente es susceptible de cohecho, entregando sus vasallos, y aun sus parientes, cuando le pagan bien. Según sus órdenes acampan y marchan los indios de un país a otro para morar, o cazar o hacer la guerra. Frecuentemente les cita a su tienda, donde les hace sus arengas relativas a su conducta, las exigencias del tiempo, las injurias que han recibido y las medidas que se deben tomar. En casos de importancia, especialmente de guerra, cita un consejo de los principales indios y hechiceros, con quienes consulta sobre lo conducente, ya para defenderse, ya para atacar a sus enemigos [1]. »

Estas líneas generales parecen convenir, no sólo a los Araucanos Moluches, sino también a los Patagones, en caso de que los llamados así y Tehuelches por el padre Falkner no sean una tribu de Araucanos patagónicos. Después entra el jesuíta en pormenores que parecen referirse sólo a los Araucanos, quienes, como veremos en el parágrafo siguiente, alcanzan a dar una especie de organización política a su cacicazgo. Acaso por ser menos inteligentes, los Patagones no llegaron a tanto. Es a todas luces evidente que, en sus guerras con los españoles, no demostraron los Patagones ni asomos de la indómita belicosidad de los Araucanos. « Los numerosos vestigios que se encuentran de campos de pelea encerrando restos humanos, demuestran que los Patagones premagallánicos luchaban con verdadero coraje en sus guerras intestinas ; pero, en la época moderna, en los choques con los descubridores y conquistadores, ese coraje sólo puede estimarse como simple impulsividad refleja, desprovista desde luego de todo poder razonador [2]. »

1. Falkner, *op. cit.*, págs. 120-121.
2. Outes, *op. cit.*, pág. 243.

Antonio de Viedma trae noticias bastante precisas acerca del cacicazgo de los Patagones. « El cacicazgo es hereditario; su jurisdicción es absoluta, en cuanto a mudarse de un campo a otro en seguimiento de la caza, que es su subsistencia. Cuando al cacique le parece tiempo de mudar el campo, el día antes de ponerse el sol hace su plática a grandes voces desde su toldo ; todos le escuchan con suma atención desde los suyos. Les dice que se ha de marchar al otro día ; les señala la hora para recoger los caballos, batir los toldos y empezar a marchar. Nadie le replica, y, a la hora señalada, todos están prontos, como se les ha mandado [1]. »

Los súbditos, por falta de mayores recursos, compran y mantienen generalmente una sola mujer, rara vez dos o tres. El cacique, en cambio, posee varias, y siempre una hija o hermana de otro cacique ; « la cual es principal entre las demás mujeres suyas, y éstas la sirven en todo. Aunque se halle cansado de ella, no la puede vender, porque sería agravio y motivo de romper una guerra con sus parientes [2]. » Parece ser que las mujeres e hijos participaban en cierto modo de la dignidad militar del cacique. « Todas estas cacicas manifiestan gravedad, hablan poco, se están recogidas en su toldo, ocupadas en algún trabajo correspondiente a ellas, y no intervienen en las conversaciones de los demás indios [3]. »

§ 29

EL CACICAZGO POLÍTICO DE LOS ARAUCANOS

La misma nómina bibliográfica que el § 21.

Por su mentalidad y por las circunstancias culturales y ambientes, las tribus araucanas alcanzaron, en el reino de Chile, una

1. A. de Viedma, *op. cit.*, pág. 493.
2. *Ibid.*, pág. 455.
3. *Ibid.*, pág. 495.

organización política superior a la precaria vida de las tribus del Río de la Plata. Del estudio de los cronistas se infiere que existían : 1° pequeñas parcialidades de familia que formaban una especie de comunidad doméstica, con sus chozas en grupo ; 2° reducciones de estas comunidades domésticas, que constituían tribus relativamente individualizadas ; 3° la provincia o distrito geográfico, que abarcaba varias tribus. De esas tres entidades, por lo menos las dos primeras tenían sus jefes o caciques, en lo militar y político. Los jefes menores se llamaban *gulmen,* y los de las agrupaciones *mapu gulmen,* y más comunmente *apo gulmen* [1]. Un cronista distingue « tres grados de representación, subordinados los unos a los otros : el *toqui*, o cacique supremo de cada nación ; los *apo ulmenes,* que dirigían las tribus o provincias ; los *ulmenes,* que regían los distritos » [2]. Formarían el total del pueblo araucano, en el reino de Chile, tres naciones o repúblicas independientes, que luego se aliaron por la necesidad de la lucha contra el invasor español.

No es fácil establecer la nomenclatura de las dignidades en ese gobierno araucano, presentándose ella bastante variable e imprecisa en los autores. Probablemente lo sería así también en la realidad. Lo que parece indudable es que las comunidades domésticas formaban tribus y que los grupos geográficos de tribus no llegaron nunca a organizarse como verdaderas naciones, aunque de hecho resultaban aliados en la guerra contra el enemigo común. De conjeturarse es que, en caso de llegar los conquistadores un siglo más tarde, hubieran encontrado a esos pueblos políticamente organizados de un modo más perfecto y regular, semejante acaso a las gentes y tribus que constituyeron la Roma primitiva.

Según las noticias que trae el padre Rosales, parece que la dig-

1. T. Guevara, *Costumbres judiciales i Educación de los Araucanos*, pág. 10.

2. Gómez de Vidaurre, *Historia de Chile,* tomo I, pág. 323. Citado por T. Guevara, *op. cit.*, pág. 11.

nidad suprema correspondiente al *toqui* (de *troqui,* hacha de piedra) era de origen militar. Pero, a la llegada de los españoles, según dicho autor, « hay dos géneros de *toquis* generales : el uno para la guerra, llamado *gen toqui,* y el otro para la paz, que se intitula *gen voyhe,* que quiere decir señor del Canelo, por ser el canelo insignia de paz, que son como dos insignias o estandartes, el uno de paz y el otro de guerra » [1]. « En casos escepcionales, agrega Guevara, asumía la dirección de las operaciones guerreras un *toqui* de paz o un indio cualquiera, cuya aptitud militar fuese conocida. Lo cierto es que no estaban ligadas entre sí las diversas secciones por lazo alguno de sujeción o gobierno, i que la dignidad de *toqui* era militar i se hallaba ejercida por el de la tribu en guerra. Hay mucho de leyenda en la sujeción a jefes únicos, que combinan planes i dirijen a los otros caudillos, lo que es contrario al estado mental i social de los Araucanos. Existían alianzas o agregados guerreros que obraban independientemente por lo común [2]. »

De todo ello se induce que la comunidad araucana, compuesta de familias independientes que tenían un origen común, estaba políticamente gobernada por caciques. Esta dignidad era hasta cierto punto hereditaria. « Heredaba el hijo mayor la autoridad del cacique, i, en varias ocasiones, otro varón de la familia que se distinguiera por sus aptitudes i contara con la preferencia del jefe. Si el heredero no tenía la edad que requería la lei tradicional, administraba provisionalmente un hermano del cacique, i, a falta de éste, un pariente inmediato... Desde muy antiguo el cacique próximo a morir instituía heredero con cierto ceremonial solemne y público [3]. »

Como se ve, la dignidad del cacicazgo seguía esencialmente el principio de masculinidad, era patriarcal. Llamamos político a ese

1. P. Rosales, *Historia general del reino de Chile,* tomo I, pág. 138. Citado por T. Guevara, *op. cit.,* pág. 11.

2. T. Guevara, *op. cit.,* pág. 11.

3. *Ibid.,* pág. 12.

cacicazgo de los Araucanos porque ya implicaba, mejor que el militar de los pueblos del Río de la Plata y que el cultural de los Guaraníes, un ligero esbozo o rudimento de organización administrativa. No pueden definirse muy precisamente las funciones de esos caciques políticos; pero parece que, cuando lo eran superiores o de tribus, los *toquis*, venían a ser árbitros para dirimir, por la guerra o en la paz, las contiendas de las distintas comunidades domésticas que tenían bajo su jurisdicción. En tal sentido representaban un principio de cohesión que puede llamarse política, si bien sus funciones administrativas fueron limitadas y hasta más o menos nulas.

§ 30

LA JUSTICIA EN LOS ARAUCANOS

La misma nómina bibliográfica que el § 21.

En la época de la conquista, aunque los Araucanos no tenían verdadera organización y administración de justicia, los cronistas anotan ciertas costumbres judiciales del mayor interés. Estas costumbres, que formaron un verdadero código tradicional o *admapu*, consistían en una serie de normas tendientes a regularizar el ejercicio de la venganza, haciéndola antes pública y colectiva que individual y privada.

Todas las prácticas judiciales giraban alrededor del concepto fundamental del talión. Dábasele en la lengua indígena el nombre de *travlonco:* « Cabeza por cabeza o tanto por tanto [1]. » A ese concepto matriz se agrega el de la indemnización del perjuicio o composición, el *wehregeld* de los antiguos germanos. « La idea astracta de la justicia no puede tener cabida en el horizonte moral del hombre inculto. No concibe lo que es crimen, ni distingue la diferencia de lo que es discusión de intereses i delitos, entre lo civil i lo criminal. La lengua araucana sólo designa genéricamente,

1. Febrés, *Calepino,* letra T. Citado por T. Guevara, *op. cit.*, pág. 40.

con la palabra *huerin,* lo que es falta o malo. Todo lo confunde con el perjuicio. El daño debe repararse exactamente como se ha producido, porque la idea del talión se halla arraigada en los espíritus. Como el concepto de la propiedad se ha desarrollado, conviene en transijir y conmutar la venganza en una indemnización. Esta mezcla de venganza i de composición o convenio constituye la justicia de las asociaciones primitivas [1]. »

Sobre la base de ese doble concepto ético-económico se funda todo el sistema judicial de los Araucanos; pero no es el individuo quien ejercita la venganza o cobra la indemnización, sino la comunidad. « La venganza judicial, dice Tomás Guevara, tan común entre otros pueblos bárbaros, no se practicaba entre los Araucanos... Cuando se verifica un robo, muerte o adulterio, o cuando se cree que alguien es responsable de un maleficio, todos los miembros de la tribu, parientes i solidarios, se sienten ofendidos i emprenden un ataque a la del que ha causado el daño [2]. » « Los delitos reputados dignos de castigo, decía un cronista, son la traición, el homicidio, el adulterio, el hurto y el maleficio [3]. »

Lo más típico de la justicia araucana era el procedimiento, sobre todo el *malón* judicial. « El procedimiento o la administración de la justicia fué entre los araucanos de una sencillez extraordinaria. Desde fines del siglo XVI no había jueces determinados : el jefe de la familia desempeñaba el oficio de juez natural de los suyos, i el cacique de la comunidad interponía su influencia para ayudar a la comunidad a vengarse o a resarcirse del daño. Su autoridad judicial se hallaba, pues, en estado embrionario. Cuando un hombre de una parcialidad ha asaltado i muerto a otro de un grupo distinto, le ha robado su mujer o sus animales o lo ha hecho víctima

1. *Ibid.*, pág. 41. El pasaje transcripto contiene una cita de CH. LETOURNEAU, *L'évolution juridique des diverces races humaines,* pág. 101.

2. T. GUEVARA, *op. cit.,* pág. 41-42.

3. GÓMEZ DE VIDAURRE, *op. cit.*, pág. 324. Citado por T. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 43.

de sus hechicerías, la tribu del ofendido toma las armas, porque en la pequeña sociedad familiar el perjuicio a uno de sus miembros afecta a todos. El cacique entonces auxilia i a veces toma la dirección de la gente armada. Se encamina éste a la parcialidad del autor del crimen, i lo sorprende. o libra con ella un combate que decide la contienda de los litigantes. Este choque, llamado *malón* en la lengua, fué el procedimiento de fisonomía más araucana que subsistió hasta el sometimiento de la raza, a pesar de la evolución de la justicia. Hay que distinguir, pues, el malón judicial del militar [1]. »

Los delitos que mayormente se castigaban era el homicidio y el robo. No se consideraban delitos el aborto y el infanticidio, y mucho menos la prostitución, aunque se castigaba el adulterio. Al delincuente sorprendido *in fraganti* se le azotaba, y en ocasiones se le hería hasta causarle la muerte. La indemnización del homicidio dependía del mérito e importancia del occiso. No se hacía diferencia entre el homicidio voluntario y el involuntario ; lo que ahora llamamos la intención delictuosa no se tenía en cuenta, sino el hecho en su materialidad y consecuencias. Ya en la época colonial se llamaba al delincuente a que viniera pacíficamente a composición antes de decidirse el malón. Esta costumbre degeneró a punto de que, en el siglo XVII, se realizaba simbólicamente, con hombres desarmados que iban a reclamar en paz la indemnización perjuicio [2].

§ 31

CONCLUSIONES SOBRE EL DERECHO PÚBLICO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Según la teoría patriarcal, la autoridad política nace de la autoridad paterna, siendo el celo sexual « la fuerza cohesiva y motriz

1. T. GUEVARA, *op. cit.*, pág. 43. Cita al P. ROSALES, *op. cit.*, pág. 137.
2. T. GUEVARA, *op. cit.*, págs. 44-46.

de las sociedades primitivas ». Según la teoría matriarcal, la autoridad política tiene otro origen. No se funda en el parentesco ; no es un parentesco superevolucionado ; antes bien se forma y crece con cierta independencia de la familia. En todo caso, esa autoridad, en cuanto tiene de militar, es anterior a la constitución polígama o monógama de la familia.

Al estudiar con ánimo imparcial y sin prejucio de escuela las costumbres e instituciones de los indígenas precoloniales del Río de la Plata, adviértese que en ellas se confirma la teoría matriarcal. En la organización de la familia de las tribus más atrasadas faltaba la autoridad del *pater familias,* y ésta sólo se iniciaba confusamente en las tribus más adelantadas, donde el vínculo marital era todavía vago e inestable. Sin embargo, ninguna tribu, por indigente que fuera su cultura, se hallara en el estadio superior del salvajismo o el inferior de la barbarie, careció de jefes militares, indispensables para su vida y conservación.

Puesto que el hombre es un animal sexuado, el celo sexual es sin duda el primer motivo biológico para formar, con la reproducción de la especie, la agrupación de la familia. Pero ese hecho no implica forzosamente la autoridad patriarcal ; sin ella existe la familia primitiva. Nos encontramos así, en las tribus indígenas estudiadas, con que antes de la organización patriarcal de la familia se constituyó la autoridad militar del cacique. El Estado, lo que ahora llamaríamos el Estado, en vez de nacer de la autoridad paterna, nace de un *modus vivendi* natural de guerra. Claro es que el vínculo cohesivo de la agrupación deriva del vínculo de sangre, aunque éste no implique autoridad del padre de familia. En las pequeñas agrupaciones indígenas no hay uno sino varios padres de familia, y sin embargo manda un único cacique. Este no es el abuelo común, quien probablemente no vive, y, si vive, no se halla ya en aptitud de dirigir la agrupación, por la edad y consiguientes achaques. Es un jefe que se ha impuesto por sus condiciones; quizá también por su nacimiento. Podría esto último dar al cacicazgo, por lo hereditario, en línea de varón, la apariencia

de una especie de patriarcado. Tal apariencia se desvanece al observar que, en el sistema patriarcal, el *pater familias* tenía un poder ilimitado sobre la familia, y, en cambio, el poder del cacique es tan limitado, que a veces se reduce a acaudillar la tribu en caso de guerra. En suma, el cacicazgo, lejos de ser una superevolución del patriarcado, es anterior a él y de él difiere fundamentalmente. Llegamos así a la conclusión de que la autoridad cacical se desenvuelve con cierta independencia y como paralelamente a la familia. Uno de los pueblos salvajes donde mayor perfeccionamiento alcanza la autoridad patriarcal es el de los Araucanos. Pues bien, ahí mismo el patriarca o *ulmen,* jefe de cada comunidad familiar, tiene una autoridad y funciones distintas a las del *toqui,* el cacique, jefe de tribu o grupo de comunidades familiares.

Generalmente se considera el derecho público algo como una superevolución del privado. En los pueblos que estudiamos más bien nacen el uno y el otro coetánea, pero no conjuntamente, y luego se desarrollan de ese modo que dijimos paralelo. Por una parte la autoridad familiar, por otra la autoridad política, sin confundirse nunca. Aunque el celo sexual fuera la « fuerza cohesiva » de las sociedades primitivas, no es su « fuerza motriz », la cual radica más bien en las necesidades económico-militares. Es de recordarse, además, que la propiedad propiamente dicha, la de las armas, presas y utensilios, en esas tribus fué siempre el *ager privatus ;* el *ager publicus* se confundía con el dominio y la soberanía. Por esto hay realismo y lógica en nuestro método al considerar la propiedad y la familia como instituciones mayormente de derecho privado, y el cacicazgo de derecho público. Mas ello no implica, claro es, una distinción esencial entre lo uno y lo otro, pues que, en última instancia, el derecho forma siempre un conjunto íntimo y solidario.

Los españoles importaron del Perú el término « cacique », con el cual designaban indistintamente a todo jefe militar de una tribu o agrupación salvaje y bárbara. Bajo ese rótulo se comprendían diversas modalidades y formas de la institución. Hemos distinguido

así tres clases de cacicazgos: el militar primitivo de los indígenas del Río de la Plata, el cultural de los Guaraníes, el más o menos político de los Araucanos. No obstante esas diferencias, que dependían, como dijimos, de la idiosincrasia de las razas y de las circunstancias ambientes, todo cacicazgo es de origen militar y responde a necesidades militares. De ahí que, hasta cierto punto, a pesar de tales diferencias específicas, sea propio el rótulo común con que los españoles apellidaban la institución que puede considerarse como principal, si no única, del derecho público indígena.

El agrupamiento de pequeñas comunidades salvajes y bárbaras no se basa sólo en el parentesco. Al par que las gentilidades o grupos familiares, unidos por el vínculo de sangre, han existido en los pueblos salvajes los grupos militares, formados por la fraternidad de las armas, esto es, el agermanamiento ó fraternidad artificial. «La frecuencia de las fuerzas en la antigüedad hacía que el individuo se encontrase constantemente en lucha. Escasa era la protección que podía prestarle el Estado, y tal que no bastaba a garantir su seguridad sino muy imperfectamente. Érale, por tanto, necesaria la ayuda de sus familiares, que combatieran por él, lo defendieran de los ataques de los enemigos y lo vengasen. Estos eran sus amigos, sus aliados naturales. La amistad, que es hija de la simpatía y une y liga fuertemente los ánimos, cooperaba conjuntamente con la familia a la defensa del individuo, asumiendo por una ficción jurídica la forma del parentesco [1].»

Algo de esa cofraternidad, política más que jurídica, se encuentra en las pequeñas agrupaciones de los pueblos indígenas del Río de la Plata. Una vez formada la agrupación, surge espontáneamente, por la fuerza de las cosas, el cabecilla necesario, el jefe, el cacique. El cacicazgo parece derivar así, antes que el parentesco forme gentilidades, del compañerismo de la guerra; las necesidades, al crear esa especie de parentesco espiritual, determinan la autoridad

1. G. Tamassia, *L'Affratellamento,* Turín, 1886, pág. 3.

del cacique. La manera espontánea y como por aclamación tácita que le da origen, se transforma luego, por un fenómeno generalísimo en la historia política de todos los pueblos, en una forma hereditaria. Se objetará que, para que nazca semejante institución, resulta indispensable la filiación paterna. En este punto habría que distinguir la filiación paterna excepcionalmente reconocida por el cacique, de la existencia de esa filiación como norma genérica para todos. De esta manera, lo que llamaríamos, un tanto anacrónicamente, « la educación del príncipe heredero », vendría a ser una especie de antidatación o precursión del patriarcado y del verdadero principio de masculinidad. Aunque a primera vista ello parezca extraño, puede bien explicarse por la especificidad humana. Cuando son específicamente más fuertes e inteligentes que él, la realeza y la aristocracia suelen adelantarse a las costumbres del vulgo. Antes que en el derecho privado del pueblo, el principio de masculinidad puede haber existido en el derecho público, esto es, en la familia del príncipe.

LIBRO II

EL DERECHO ESPAÑOL

... Nasce del tiempo uso, e del uso costumbre, e do la costumbre fuero.

(*Código de las Partidas*, I, I, Proemio.)

INTRODUCCIÓN

IMPORTANCIA, BIBLIOGRAFÍA Y DIVISIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

§ 1. Objeto de este libro. — § 2. Bibliografía de la historia del derecho español. — § 3. Fuentes legales. — § 4. Fuentes documentales. — § 5. Bibliografía moderna de la historia del derecho español. — § 6. Carácter del pueblo español. — § 7. División en épocas.

§ 1

OBJETO DE ESTE LIBRO

Acaso no faltará quien se extrañe de que incluyamos en nuestro plan el estudio, siquiera genérico y rápido, de la historia del derecho español no colonial. Es ello así porque, sin referirnos a sus instituciones, difícil y malamente pudiéramos explicarnos el derecho indiano, su indefectible hechura. ¡ Y por cierto que debemos enorgullecernos de ese nobilísimo abolengo de nuestro derecho castizo ! Si en algo fueron grandes los españoles es en la ciencia, y aun diríamos en las prácticas del derecho ; si algún ramo de los humanos conocimientos cultivaron con sobresaliente mérito es la jurisprudencia, que tan bien cuadraba al carácter grave y altanero de la raza. España y no otra nación del orbe culto fué la legítima heredera de la gloria jurídica de Roma. Es ella la que, entre los pueblos modernos, hasta el siglo XVIII, produjo las leyes

más sabias y generosas, los códigos más humanos y perfectos. ¿Quién si no la España goda fué autora de la *Lex romana Wisigothorum,* aquel código donde se conservó la mejor parte de la sabiduría de los jurisconsultos romanos, obra tan superior á las compilaciones similares de su época, el *Edictum Teodorici* y la *Lex romana Burgundionum,* que se sobrepuso a ellas y sirvió durante tres siglos de ley supletoria y consultiva en la Europa civilizada? ¿Quién si no España produjo el *Liber Iudiciorum,* posteriormente llamado *Fuero Juzgo,* el código más acabado de su tiempo, el de instituciones más sanas y liberales, el de política más alta y republicana, el más adecuado y racional en las penas y más lógico por su plan y su método? ¿No debió España su superioridad cultural en la época de la Reconquista, y quizá en parte su fuerza cohesiva para realizar esa magna empresa, a la justeza e independencia de su derecho foral, tanto más adelantado al entonces vigente por el mundo? ¿Se ha escrito acaso, en los siglos medios, monumento más completo y admirable del saber humano, considerado especialmente desde el punto de vista político y jurídico, que el Código de las Partidas, cuya sola producción podría constituir imperecedero triunfo y testimonio de una civilización y de una edad? ¿No poseyó España, en el curso de aquellos siglos, y antes que Inglaterra y Francia, un ponderado régimen político con su sistema de Cortes, donde junto a los otros dos brazos del Estado, no sólo tenía representación señaladísima el pueblo, sino que constituía la parte primordial de esos ayuntamientos, a punto de que él no podía faltar, aunque sí el clero o la nobleza? ¿Cuál imperio dió a sus colonias legislación más previsora y paternal que las Leyes de Indias, cuyas fallas, en la parte de su economía regalista, más deben achacarse a las tristes circunstancias y crueles necesidades de los tiempos que a falta de claros conocimientos jurídicos? A la vista de tan saltantes pruebas, ¿habrá exageración en proclamar a España, después de la antigua Roma y antes de la moderna Inglaterra, la revolucionaria Francia y la científica Alemania, grande maestra de la jurisprudencia universal? *A tout seigneur, tout honneur!* Reconozca-

mos, pues, la grandeza de nuestros mayores de allende el Atlántico, para arraigar sólidamente en las entrañas fecundísimas del pasado nuestra grandeza jurídica del futuro. En otra forma, superficialmente asentado sobre la haz de las pampas, acaso el árbol majestuoso que regamos con nuestra sangre pudiera descuajarse y caer rendido por esos frecuentes ciclones que desata la historia sobre los pueblos.

Dimana el afán de negar a España esas glorias y de desconocer su directo e indirecto influjo en nuestras instituciones, y sobre todo en nuestra alma colectiva, por una parte, de una falacia filosófica, por otra, de una falacia histórica. La falacia filosófica no podía ser sino ese difundido concepto que supone al derecho producto espontáneo y abstracto de la razón humana, sin atingencias ni raíces en el pasado. Con él se ha halagado la vanagloria y el patrioterismo de quienes se hacen la ilusión de que una nacionalidad puede improvisarse, sacándola de la nada con un novísimo *fiat lux*. La falacia histórica estriba en una idea errónea de la madre patria, a la cual sólo se la considera y juzga por su época de decadencia, el siglo XVIII, que mejor podríamos llamar de dolorosísima transición. La propensión a generalizar los rasgos más desfavorables de esa época — el prejuicio, ¡ no ya de una decadencia, más bien de una evidente inferioridad española ! — constituye aún, en el indocto vulgo hispanoamericano, una especie de gafas ahumadas que enturbian el paisaje del luminoso pretérito de España, así como las lontananzas de un porvenir acaso no menos luminoso. ¡ Pues hay que sobreponerse a tan torpe prejuicio, hay que quitarse las ahumadas gafas y extender en derredor la mirada limpidísima !... Hay, en fin, que estudiar la historia de España, y, por ser aquí la parte que principalmente nos atañe, la historia de su derecho. Va en ello el invocado interés de conocer y perfeccionar nuestras propias instituciones.

Pero este libro II no tiene por objeto una construcción completa de la historia del derecho español. Sería ello punto menos que imposible, aquí en América, por falta de los correspondientes ar-

chivos, de documentos, de suficientes medios de información e investigación. La historia del derecho español no está hecha. Si bien, como veremos, hay abundantes elementos bibliográficos para sintetizar científicamente la de ciertos períodos, como el romano, el visigótico y el de la Reconquista, faltan en cambio respecto de tiempos más recientes, vale decir, de la edad moderna.

Este libro II tiene por objeto, no una construcción completa de la historia del derecho español, sino la exposición de ciertas nociones generales de esa historia, indispensables para comprender el derecho indiano. Hijo éste de aquél, creció y vivió siempre a semejanza de su progenitor, y aun sometido a su dirección y potestad. No podría estudiarse la historia de las instituciones coloniales abstrayéndolas de la historia de las instituciones metropolitanas. Cierto que se percibe marcada tendencia del derecho indiano a individualizarse. Pero esta individualización, visible ya específicamente en el texto de las Leyes de Indias, y más en su aplicación y práctica, no pudo nunca excluir de los tribunales americanos la necesaria aplicación de los principales cuerpos del derecho legislado substantiva si no únicamente para Castilla y León primero y luego para España. Estos se ocupaban de todo el derecho, público y privado; aquéllas sólo del derecho público colonial.

Descubiertas y conquistadas las Indias Occidentales por los reinos de Castilla y León, son casi totalmente extrañas al derecho indiano las leyes e instituciones de los demás estados españoles, al menos hasta su unificación política bajo una sola corona. Pueden dejarse de lado el derecho aragonés, el catalán, el navarro, y demás... Queda entonces, después de los antecedentes ibéricos, romanos y visigóticos, sólo el derecho castellano, y más tarde el español.

De ese mismo derecho metropolitano, primero castellano y luego español, en las colonias no se aplicó, fuera de las Leyes de Indias, sino una mínima parte. Como se dirá oportunamente, en los numerosísimos expedientes que hemos compulsado en archivos

americanos, se desarrolla poca doctrina y sólo rara vez se citan textos legales. No siendo éstos de las Leyes de Indias, pertenecen al Código de las Partidas, más tarde a la Nueva Recopilación, y por último a la Novísima. Aun diremos que, hasta fines del siglo XVIII, las citas legales extrañas a las Leyes de Indias, casi siempre de las Partidas, tienen por lo común cierto carácter filosófico y literario antes que técnicamente jurídico. Ocurre esto al menos en los dictámenes y sentencias de los tribunales del Virreinato del Río de la Plata. Probable es que en el Perú y México, donde era más intensa la cultura y los magistrados por regla general más eruditos y versados en derecho, se tuviesen mayormente en cuenta los códigos españoles, ya como legislación subsidiaria, ya como legislación fundamental, esto último en materias no tratadas por las Leyes de Indias.

Sea lo que fuere, indudable antójasenos que, para nuestro conocimiento de la historia del derecho argentino, no hemos menester del estudio a fondo y en detalle de otros cuerpos de leyes que los citados. Nos exime ello de entrar en el engorrosísimo análisis de las actas de Cortes y de colecciones de diplomas, tan provechoso para el conocimiento del derecho consuetudinario local de España en las edades media y moderna. Podemos así seguir en parte, aunque no sin rectificar ciertos errores, la rutina de la que más adelante llamaremos bibliografía clásica de la historia del derecho español. Su principal deficiencia, la de considerar como tal historia sólo la de los llamados « códigos antiguos de España », que fuera imperdonable si hiciéramos principalmente historia del derecho español, no resulta aquí tan grave, puesto que en América casi no se conocieron otras normas del derecho legislado metropolitano.

§ 2

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

La bibliografía y fuentes de consulta para el estudio de la historia del derecho español son vastísimas, difíciles, y, hasta ahora, por desgracia, bastante deficientes y truncas. De suyo, ciertamente, es la materia de las más largas y complejas que puedan concebirse en las ciencias históricas. No faltan trabajos, españoles y extranjeros, de indiscutible valor científico; pero sí tratados modernos completos, de manejo fácil y consulta segura. Como obra de crítica historiográfica es recomendable la *Historia del Derecho español* por Rafael Altamira y Crevea [1]; puede bien servir de guía a los estudiosos, para dejar de lado la bibliografía dudosa o mediocre, acatando sólo la digna de respeto y fe.

En España, y con mayor razón entre nosotros, se consultan todavía, por ser populares y manuables, libros tan desprovistos de sinceridad y buena información como la *Historia de la Legislación y Recitaciones del Derecho Civil en España,* por Amalio Marichalar, marqués de Montesa, y Cayetano Manrique [2], y la *Historia de la Legislación española*, por José María Antequera [3]. Aun solemos acudir a fuentes más imperfectas si cabe, por lo sumarias y elementales, como las reseñas históricas que sirven de introducción a tratados de derecho español moderno. Tales son las de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalván, en sus *Elementos de Derecho Civil y Penal* [4], de Clemente Fernández Elías, en su *Derecho Civil español* [5], y de Felipe Sánchez Román, en sus *Estudios de Derecho Civil* [6].

1. Madrid, 1903.
2. Madrid, 1861.
3. 2ª ed., Madrid, 1884.
4. Madrid, 1865, tomo I, págs. 1-258
5. Madrid, 1880, tomo I, págs. 1-258.
6. Madrid, 1899, tomo I.

Apartándonos de autoridades tan equívocas y expuestas a inducirnos en error, la bibliografía española nos ofrece otra clase de libros de consulta. A fines del siglo XVIII florecieron en España varios historiadores y jurisconsultos que se han ocupado seriamente de eruditas investigaciones. Entre otros están Burriel [1], Flórez [2], Asso y de Manuel [3], Jovellanos [4], Sempere y Guarinos [5], Masdeu [6] y Yanguas [7].

En los principios del siglo XIX, Francisco Martínez Marina, con rico acopio de personales investigaciones, confecciona un bosquejo de historia general del derecho castellano, titulado *Ensayo crítico-histórico y principales cuerpos de legislación de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio* [8]. Poco después publica su *Teoría de las Cortes o grandes juntas nacionales de los reinos de León y Castilla* [9],

1. P. ANDRÉS MARCOS BURRIEL, *Informe para el Consejo de Castilla sobre la igualación de pesos y medidas ; Carta sobre la de Isidoro de Sevilla*, Madrid, 1752 : *Memorias de Alfonso III, rey de Castilla y Aragón* (1762), publicadas por Miguel de Manuel y Rodríguez, Madrid, 1800.

2. HENRIQUE FLÓREZ, *España sagrada*, Madrid, M.DCC.LVI : *Clave historial*, Madrid, M.DCC.LVI ; *Medallas de las colonias, municipios y pueblos antiguos de España*, Madrid, M.DCC.LXXIV.

3. IGNACIO JORDÁN DE ASSO y MIGUEL DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil en Castilla*, Madrid, 1792. *El Fuero Viejo de Castilla, Prólogo*, Madrid, M.DCC.LXXI.

4. *Discurso leído en su recepción a la R. A. de la H.. sobre la necesidad de unir el estudio de la legislación al de nuestra historia y antigüedades* (1780), *Obras*, Madrid, 1858, tomo I, págs. 288-298.

5. JUAN SEMPERE y GUARINOS, *Historia del Derecho español* (continuada hasta nuestros días por Teodoro Moreno), Madrid ; *Historia del Luxo y de las Leyes suntuarias*, Madrid, 1788 ; *Historia de los Vínculos y Mayorazgos*, nueva ed., Madrid, 1847. Ahí cita Sempere y Guarinos un opúsculo suyo titulado *Observaciones sobre las Chancillerías*.

6. JUAN FRANCISCO MASDEU, *Historia crítica de España y de la Cultura española*, Madrid, 1874.

7. *Diccionario de Antigüedades*, Pamplona, 1810.

8. 3ª ed., Madrid, 1845.

9. Madrid, 1813.

ocasional y patriótico ensayo para demostrar que esa institución era de antiguo castiza y hondamente arraigada en España, sirviendo de contrapeso y equilibrio al poder real. Puede decirse que las obras de Martínez Marina inician una nueva era y marcan el rumbo a los estudios de historia del derecho español. El *Ensayo crítico-histórico,* lejos de resultarnos anticuado, es por su contenido más moderno que la mayor parte de los tratados de la materia que posteriormente se han publicado, hasta nuestros días.

No ya solamente al derecho de León y Castilla, sino a todo el derecho español se refieren las *Lecciones sobre la Historia del Gobierno y la Legislación de España desde los tiempos primitivos a la Reconquista,* pronunciadas en el Ateneo de Madrid, de 1841 a 1842, por Pedro José Pidal, marqués de Pidal [1]. A pesar de que se trata de una obra inconclusa, y en cierta manera de apuntes para dictar lecciones orales, ordenados y publicados después de la muerte del autor, recomiéndanse por su excelente espíritu crítico, tanto más notable si se tiene en cuenta la falta de información y bibliografía propia de la época.

Inclúyense en las ediciones modernas de los códigos antiguos, a guisa de introducción, verdaderas monografías históricas, que sirven aún de fuentes de estudio y consulta. El género se inicia con el conocido y eruditísimo *Discurso sobre la legislación de los Wisigodos, y formación del Libro o Fuero de los Jueces, y su versión castellana,* por Manuel de Lardizábal y Uribe, que va en la edición del *Liber Iudiciorum* hecha por la Real Academia Española de la Lengua [2]. La edición más corriente de *Los Códigos españoles, concordados y anotados* [3] trae cuatro interesantes estudios : *De la monarquía wisigoda y de su código, el Libro de los Jueces o Fuero Juzgo,* por Joaquín Francisco Pacheco, ensayo

1. Madrid, 1880.

2. *Fuero Juzgo,* Madrid, 1815.

3. Madrid, 1847.

completado por Fermín de la Puente y Apezechea [1]; *Discurso preliminar,* sobre el Fuero Viejo de Castilla, por Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel y Rodríguez [2]; *Adiciones al Fuero Viejo de Castilla,* por José Pedro Pidal [3], así como las notas puestas por el mismo a esa compilación [4]; *El Código de don Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas, Introducción histórica,* por Pedro Gómez de la Serna [5].

Toda esa bibliografía de fines del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, incluyendo en ella algunos tratadistas posteriores por su época, mas no por su método y sus ideas, puede llamarse ahora *clásica,* pues es la que hasta ha pocos años servía de fuente de consulta y estudio en los trabajos del aula. Su defecto originario radica en su imperfectísima noción trascendental del derecho, propia de la filosofía racionalista del siglo XVIII y la Revolución francesa. Desde el punto de vista de sus ideas, más que de clásicos, esos autores deben calificarse de románticos. Partidarios de la escuela filosófica y sus métodos, concebían el derecho circunscripto en la ley, y aun solamente en los más señalados cuerpos legales o « códigos ». Identificando el derecho con la ley, menospreciaban el derecho consuetudinario. Dejaban de lado otras fuentes indispensables, como la epigrafía, el folklorismo, la literatura, y en general los documentos. Este error de concepto y de método, que no sería muy grave para el estudio del derecho contemporáneo, posterior a la Revolución francesa, es tanto más de lamentar cuando se trata del derecho de épocas anteriores, en que la eficacia de la costumbre era harto más considerable, por la mayor ignorancia general y la menor claridad y uniformidad técnica de la legislación.

1. *Los Códigos Españoles concordados y anotados,* Madrid, 1847-1851, tomo I, págs. V-LXXV.

2. *Ibid.,* tomo I, pág. 221-241.

3. *Ibid.,* tomo I, págs. 243-252.

4. *Ibid.,* tomo I, págs. 255-297.

5. *Ibid.,* tomo II, págs. I-XLVI.

Aparte de la falacia fundamental de estudiar como únicas fuentes del derecho las legales, se notan otras no menos graves. Por una parte, recurrían esos autores a los « códigos » más conocidos y citados, en sus imperfectas ediciones modernas, a menudo sin confrontarlas con los antiguos códices. Por otra parte, y esto constituye quizá la mayor deficiencia dentro de esa escuela, concretándose a los llamados « códigos antiguos », dejaban de considerar, como veremos en el parágrafo siguiente, otras fuentes legales tanto o más importantes, como las actas de Cortes y las cartas de población. No habiéndose publicado esas actas y cartas, eran insuficiencias propias de la falta de bibliografía legal, pues que no se les puede exigir que consultaran en los archivos el maremágnum de documentos que en nuestros días encontramos casi siempre cómodamente impresos y ordenados en los estantes de las bibliotecas [1].

1. La historia del derecho español abunda en obras de escasa importancia científica pertenecientes, ya por la época, ya por la tendencia, a ese grupo de libros que forman lo que llamamos su « bibliografía clásica ». Constituyendo el asunto, en España, asignatura obligada de las Facultades de Derecho, la mayor parte de esas publicaciones es producto de la enseñanza más o menos rutinaria de los profesores. He aquí la nómina de una buena parte de ellas : TOMÁS MANUEL FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórico y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano de España y de interpretar aquél por éste y por el propio origen*, Madrid, 1802. FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, *Historia del Derecho real de España*, Madrid, 1821. MIGUEL GARCÍA DE LA MADRID, *Historia de los tres Derechos : romano, canónico y español*, Madrid, 1831. JOSÉ W. MANRESA Y SÁNCHEZ, *Historia legal de España desde la dominación goda hasta nuestros días*, Madrid, 1841-1843. ORTIZ Y ZÁRATE, *Análisis histórico-crítico de la Legislacion española*, Vitoria, 1844. JOSÉ A. ELÍAS, *Compendio de la institución y derecho de la monarquía española y de cada uno de los reinos en que estuvo dividida*, Barcelona, 1847. EUSTAQUIO LASO, *Historia de la Legislación de España (Lecciones explicadas en la Universidad Central y publicadas por un discípulo)*, Madrid, 1860. ENRIQUE UCELAY, *Reseña histórica de la Legislación española*, Madrid, 1869. MARIANO DE CALDAS Y CASTILLA, *Examen histórico-filosófico-político de la legislación antigua, de la legislación moderna y de la legislación de la Revolución*, Madrid, 1871. JOSÉ M. JUANÁBAR, *Compendio histórico de la jurisprudencia de la corona de Castilla*, Madrid, 1872. ADAME Y

§ 3

FUENTES LEGALES

Las ediciones modernas de los antiguos cuerpos legales españoles ofrecen, por cierto, sus lunares e imperfecciones. « Los que suelen llamarse *Códigos antiguos de España*, de que existen varias ediciones (con o sin comentarios y estudios críticos), ni están depurados para el servicio de la historia, ni, aun suponiendo que todos los comprendidos bajo aquel nombre sean auténticos y pertenezcan efectivamente á la legislación española (el Fuero Viejo de Castilla, v. gr., no se halla en ese caso), representan todas las fuentes de ese orden, sino una parte, y no la de mayor importancia.

MUÑOZ, *Curso histórico-filosófico de la Legislación española,* Madrid, 1874. ANTONIO RODRÍGUEZ DE CEPEDA, *Lecciones sobre la historia de la legislación castellana extractadas del Ensayo histórico-crítico del Dr. Martínez Marina,* Valencia, 1876. RODRIGO QUIROGA PORRAS, *Compendio histórico del derecho civil de España, con la cronología de los reyes desde la fundación de la monarquía de los godos hasta el reinado de Isabel II,* Santiago, 1876. FRANCISCO FERNÁNDEZ Y GONZÁLEZ, *Instituciones jurídicas del pueblo de Israel en los diferentes Estados de la Península Ibérica, desde su dispersión en tiempo de Adriano hasta los principios del siglo XVI,* Madrid, 1881. MODESTO FALCÓN, *Historia del Derecho civil español,* Salamanca, 1881. DOMINGO RAMÓN MORATÓ, *Estudio de ampliación de la historia de los códigos españoles y de sus instituciones sociales, civiles y políticas,* Valladolid, 1884. MARTÍN RAMÍREZ DE HELGUERA, *Estudio histórico de las leyes y colecciones antiguas y modernas de España, o Resumen de la historia general del derecho español,* Carrión de los Condes, 1884. BERJANO, *Historia general del derecho* (un discurso), Oviedo, 1883. CLEMENTE FERNÁNDEZ ELÍAS, *Historia del Derecho y de su Desenvolvimiento en España,* Madrid, 1887. EUSEBIO CHAPADO, *Historia general del Derecho español,* Valladolid. LORENZO MORET Y REMISA, *Lecciones de Historia general del Derecho español,* Madrid, 1882. MATÍAS BARRIO Y MIER, *Historia del Derecho español (Extracto de sus explicaciones hecho taquigráficamente por sus discípulos),* 1907.

« Veamos concretamente algunos casos. El Fuero Juzgo en castellano — es decir, tal como regía en el siglo XIII, amoldado a las condiciones de la época, — tuvo variantes locales que es indispensable conocer y que no figuran en las ediciones actuales, hechas con un fin puramente lingüístico o práctico (para abogados). Lo mismo sucede con el Fuero Real de Alfonso X, que no tuvo vigencia común en Castilla más que como ley aplicable en las apelaciones ante el tribunal regio, y en lo restante sólo valió como fuero municipal, con modificaciones notables en los varios textos que existen, y de las cuales no da idea alguna el texto único que todo el mundo maneja y que sirve para deducir conclusiones. El Ordenamiento de Alcalá no es un código, sino uno de tantos documentos legislativos como salieron de las Cortes castellanas de los siglos XIII y XIV, y que — aparte de la ley 1ª, art. 28, relativa á la fijación de fuentes legales, — no debe probablemente la distinción de que goza más que al hecho de haber sido publicado por Asso y De Manuel en época (1784) en que se hallaban inéditas todas las demás actas de Cortes [1]. »

A mayores errores han dado ocasión las llamadas Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento del doctor Montalvo, colección muy heterogénea, incompleta y sin plan seguro. No obstante, los historiadores se han servido de ella para formarse idea del cuadro de las instituciones vigentes en la época [2].

De notarse es que la colección de *Los Códigos Españoles concordados y anotados* [3] comienza con la *Lex Wisigothorum* en doce libros, la recesviniana, ó sea, el *Liber Iudiciorum,* al que se apellida menos propiamente *Liber Iudicum*, seguido de su traducción romanceada del siglo XIII, el Fuero Juzgo. Falta, por consiguiente, cuanto

1. ALTAMIRA, *op cit.*, págs. 104-105.

2. *Ibid.,* pág. 106.

3. Formada por M. Rivadeneyra. Corren dos ediciones : la primera, llamada de *La Publicidad,* Madrid, 1847-1851, y la segunda, del editor A. de San Martín, Madrid, 1872-1873.

se conoce de la legislación godohispana anterior, especialmente *Lex romana Wisigothorum, seu Breviarium Alarici regis,* llamada también Breviario de Aniano [1]. Habría que consultar la edición de las *Leges romanae Wisigothorum* publicada por la Academia de la Historia [2], ó bien la colección de las *Leges Wisigothorum* dirigida por el profesor K. Zeumer, de la universidad de Berlín, e inserta en los *Monumenta Germaniae Historica* [3]. El Fuero Juzgo, la traducción romanceada de la *Lex Wisigothorum Recesviniana*, da de ésta, como veremos, una idea imperfecta y aun equivocada. Las leyes del texto latino se hallan con deplorable frecuencia mal traducidas, transpuestas y en alguna ocasión hasta suprimidas en el Fuero Juzgo, el cual, a su vez, intercala más de una que falta en el texto latino. Por ello pueden bien considerarse dos compilaciones distintas, como que en algún modo lo son, aunque la segunda se derive de la primera. Para conocer el verdadero derecho visigótico resulta anticientífico servirse del texto romanceado del Fuero Juzgo ; débese acudir a su fuente.

Las actas de Cortes han sido ya en gran parte publicadas. La Academia de la Historia, de España, ha dado a luz las actas de *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla,* y las de las *Cortes de los antiguos reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña.* El Congreso de los Diputados ha hecho imprimir, por su parte, la *Colección de actas de las Cortes de Castilla.* No obstante, « sus resultados no se han incorporado todavía a las exposiciones corrientes de historia del derecho en la forma que corresponde (y las más de las veces de ningún modo), ni menos se ha hecho el estudio necesario para depurar, en la sucesión de las

1. De ella, aislada, existen dos ediciones : la de Juan Sichard. Basilea, 1528, y la de Gustavo Haenel, Leipzig, 1528.

2. *Leges romanae Wisigothorum, Fragmenta ex codice palimpsesto sancta legionensi ecclesiae,* con una introducción de F. de Cárdenas y F. Fita. Madrid, M.DCCC.XCVI.

3. Publicación de la *Societas aperiendis fontibus rerum germanicarum medii aevi,* Hanover, 1902.

leyes revocatorias ó modificativas de otras anteriores, cuál ha sido el verdadero proceso de la legislacion [1]. »

Las colecciones de fueros municipales y cartas pueblas no son menos necesarias. « Esos documentos dan a conocer épocas y sucesos importantes, rectifican ciertas opiniones y arrojan gran claridad sobre los diversos elementos que constituyen la civilización de un pueblo. España debe al régimen foral el haber excedido, en la edad media, a las demás naciones en la perfección de su estado social y político. En los fueros municipales y en las cartas de población está consignada la historia de su cultura, desde la época de la Reconquista hasta fines del siglo XIV. En ellas se encuentran noticias curiosísimas acerca del carácter, usos y costumbres de los españoles, de sus leyes civiles, comerciales, administrativas y militares y de todo cuanto es necesario tener en cuenta para conocer el desarrollo material y moral de cada uno de los distintos reinos que componen hoy esta monarquía [2]. » Corresponde, pues, estudiar alguna colección de fueros y cartas, como la de Muñoz y Romero, que es la única publicada hasta el presente.

§ 4

FUENTES DOCUMENTALES

Los monumentos legislativos, las compilaciones privadas, las pragmáticas y providencias de los monarcas, las cartas de población, privilegios y costumbres, así como las actas de Cortes, son todas fuentes que pueden considerarse legales, pues que constituyen el conjunto del derecho legislado. Junto a ellas existen

1. *Ibid.*, págs. 105-106.

2. MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros municipales y Cartas pueblas de los reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Madrid, 1847, pág. 4.

otras, más modestas, pero no menos interesantes, sobre todo para el estudio de las instituciones de la edad media: los escritos jurídicos y principalmente los diplomas y las fórmulas. Ateniéndonos a su carácter podemos llamarlas fuentes documentales.

« El extraordinario interés de los diplomas para el estudio de las instituciones no radica tanto en el acto concreto cuya existencia acreditan, como en ser espejo fidelísimo de las ideas y costumbres de la época en que fueron redactados. El dato interesante para el historiador ó jurisconsulto se encuentra de ordinario en pocas palabras ó frases, englobadas en la fórmula retórica tradicional. Estos documentos, emanados, ya de las autoridades, ya de los particulares, reflejan la vida real del derecho y el modo de funcionar las instituciones y constituyen el más valioso medio de información para el estudio de las instituciones de la edad media. Su testimonio es importantísimo, así para facilitar, en puntos en que, por mala redacción o por corrupción, es dudosa la interpretación de los textos legales, como para mostrar si la práctica se atemperaba a la ley escrita o se desviaba de ella, caso este último frecuente en épocas como la edad media, en que la falta de unidad en la administración de justicia, consiguiente al fraccionamiento del poder político, favorecía el predominio del derecho consuetudinario sobre el escrito [1]. »

A pesar de ese interés científico de los diplomas, es fuente hasta ahora escasamente utilizada por los historiadores del derecho español. « No existe una sola colección general de diplomas castellanos ordenada conforme a las necesidades de la historia, ni siquiera colecciones regionales que puedan servir para un fácil manejo y consulta; en lo cual probablemente estriba que no se utilice tanto esa fuente como fuera preciso. Pero conviene repetir que hasta que los historiadores no concedan a los diplomas, especialmente a los de los siglos XIII, XIV y XV, tanto o mayor impor-

1. HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la edad media,* Madrid, 1905, pág. 16.

tancia que a los códigos, como el Fuero Juzgo y el Real, y a otras disposiciones de distinto carácter que forman el índice de las fuentes vulgares, seguirá desconociéndose en sus movimientos más íntimos el proceso de transformación secular del derecho español legislado [1]. »

« Análoga a la de los diplomas es la importancia de las fórmulas o modelos para el otorgamiento de contratos y otros actos jurídicos. En la mayoría de los casos las fórmulas reproducen verdaderos documentos anteriormente redactados, suprimiendo de ordinario los nombres propios y las palabras que indicaban las relaciones de lugar y de tiempo. La importancia de las fórmulas consiste en que, no sólo son útiles para el conocimiento del derecho en la época contemporánea a la redacción del formulario, sino también para un período precedente, pues que las más de las veces reproducen documentos anteriores, y aun para algún tiempo después, dado que su objeto es servir de modelo a otros documentos [2]. »

Entre esas fuentes documentales deben ser especialmente recordadas, por su interés para el estudio del derecho de la época, las llamadas *fórmulas visigóticas*. « Dase este nombre a una colección incompleta de modelos para la redacción de documentos o escrituras públicas, formada verosímilmente en el reinado de Sisebuto, por un notario de la ciudad de Córdoba, con el objeto de facilitar a los que se dedicaban a este último oficio el desempeño de su tarea, ofreciéndoles modelos a que acomodarse en la redacción de los documentos de uso más frecuente. Fúndase esta opinión acerca del lugar donde hubo de redactarse la colección de que tratamos, en el hecho de mencionarse en una de las fórmulas la ciudad de Córdoba ; así como la de consignarse en otra de ellas que se escribió en el año cuarto del reinado de Sisebuto induce a creer que la colección, cuyas diversas fórmulas ofrecen cierto carácter de unidad, no es anterior a esta fecha, o sea al año 615. Debe por

1. ALTAMIRA, *op. cit.*, pág. 107.
2. HINOJOSA. *Historia general del Derecho español*, tomo I, pág. 11.

tanto su redacción colocarse entre los años 615 y 620, en el último de los cuales murió Sisebuto.

« Las fórmulas de que consta están agrupadas generalmente por razón de la identidad o conexión de las materias sobre que versan. Muestran, por lo demás, amalgamados los principios del derecho germánico y del romano, generalmente ; bien que no pueda sostenerse que haya en ellas vestigios del derecho justiniáneo. Aunque algunas se destinaban únicamente a los súbditos romanos, muchas de ellas debieron ser comunes a ambos pueblos. En general, son interesantísimas para el conocimiento del derecho romano vulgar, o sea del vigente entre los provinciales sometidos a los conquistadores germánicos, y modificado en virtud del cambio de las condiciones políticas y económicas consiguiente a la invasión y de la decadencia de la legislación y de la ciencia del derecho en los últimos tiempos del Imperio romano [1]. »

Las fórmulas visigóticas fueron publicadas por primera vez por Rozière [2]. El texto ha sido después reproducido, por Biedenweg, con extenso comentario [3]. Pueden verse, también comentadas, en la obra de Marichalar y Manrique [4].

Además de las fuentes expuestas en el presente parágrafo, tienen su valor documental la epigrafía, los refranes y adagios populares, la literatura popular y la artística. La epigrafía ofrece datos respecto a las antiguas costumbres locales de los pueblos celto-iberos, a la aplicación del derecho romano y sobre todo á la difusión del Cristianismo por las distintas regiones de la península. Los refranes y adagios populares suelen expresar verdaderos preceptos de

1. *Ibid.*, tomo I, págs. 365-366.

2. E. DE ROZIÈRE, *Formules wisigothiques inédites*, París, 1854.

3. BIEDENWEG, *Commentatio ad formulas visigoticas novissime repertas*, Berlín, 1856.

4. *Op. cit.*, tomo II, págs. 37-86. Zeumer inserta las fórmulas visigóticas entre las de los períodos merovingio y carlovingio, en los *Monumenta Germaniae historica, Formulae merovingici et karolini aevi*. Hannover, 1886, págs. 572-595. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 366.

derecho consuetudinario. La literatura popular contiene casos y sucedidos de práctica y aplicación del derecho, y asimismo la artística, cuando los autores tratan de propósito asuntos jurídicos [1].

§ 5

BIBLIOGRAFÍA MODERNA DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

En la segunda mitad, mejor dicho, en el último tercio o a fines del siglo XIX, por influencia de la moderna escuela histórica, fundada en Alemania por Savigny a principios de ese siglo y luego difundida por toda Europa, se inician en España estudios científicos de la historia del derecho, especialmente en sus distintas fases regionales y consuetudinarias. Ensáyanse métodos rigurosamente inductivos. Se aplican nuevas disciplinas científicas, como el estudio de la epigrafía, el folklorismo y la poesía popular, para desentrañar de ahí todo aquello de realismo y efectividad que no podía inferirse del mero análisis de las leyes. Se revuelven los archivos polvorientos para publicar las actas de los Concilios y las Cortes y alguna colección de fueros municipales, con lo que se aumenta, hasta completarlo casi, el manejo y conocimiento de las indispensables fuentes legales. Antes que historia de la legislación, como hasta entonces, se emprende la ruda tarea de hacer historia del derecho. Es una renovación, más que de la historia jurídica, de toda la ciencia jurídica. Rectifícanse errores que constituían lugares comunes, se cambia de puntos de vista fundamentales, se abren horizontes.

Encabeza la nueva serie de autores, cuyas obras constituyen la bibliografía científica y moderna de la historia del derecho español, Hinojosa. Este tratadista domina los idiomas clásicos, griego y latín, estudiando así de primera mano los textos anti-

1. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 11-12.

guos. Versado en epigrafía y paleografía, ha podido compulsar la documentación necesaria. Autor de una historia del derecho romano [1], sus conocimientos de romanista le sirven de sólida base. Ha estudiado y aprovechado la bibliografía extranjera, no sólo francesa, sino muy preferentemente las mejores monografías y obras de consulta de la ciencia alemana, en su idioma original. Con tales elementos, siguiendo métodos científicos, ha compuesto Hinojosa, a más de estudios especiales que más adelante veremos, su *Historia general del Derecho español* [2]. Por desgracia, la obra ha quedado trunca, no abarcando más que las instituciones de la España primitiva, la romana y la visigótica. Contiene, para esos períodos, la última palabra de la época en que se confeccionó el libro, por lo cual desaprovecha, naturalmente, alguna valiosa contribución posterior, como los estudios de Costa. No obstante, repútasela el manual más completo de historia del derecho español. Señálase sobre todo por la prolijidad con que presenta la bibliografía científica, pues que se trata de un trabajo de reconstrucción según los conocimientos actuales, más que de investigación personal del autor. Cúmplenos declarar que, en la parte respectiva de este libro II (secciones I, II y III), enunciamos casi íntegra, ligeramente simplificada, la bibliografía de Hinojosa, claro que no sin haberla compulsado previamente, obra por obra. Poquísimo de publicación posterior hemos tenido que añadirle.

Sobre la historia del derecho penal se han publicado dos trabajos fragmentarios e incompletos : la *Historia del Derecho penal en España* por Du Boys [3], y el *Examen histórico del Derecho penal* por D. B. Gutiérrez [4].

Existen numerosas monografías de historia del derecho español que no se refieren a una época determinada, comprendiendo varias:

1. Hinojosa, *Historia del Derecho romano*, Madrid, 1880.
2. Tomo I, Madrid, 1887.
3. Trad. esp., Madrid, 1872.
4. Madrid, 1886.

Materiales para el estudio del Derecho municipal consuetudinario [1] y el magistral *Colectivismo agrario en España* de Costa [2]; *Historia de la propiedad comunal* por Altamira [3], etc. La monografía de Hinojosa titulada *Influencia que tuvieron en el derecho público de su patria y singularmente en el derecho penal los filósofos y teólogos españoles anteriores á nuestro siglo* [4], así como sus *Estudios sobre la Historia del Derecho español* [5], se refieren á varias épocas, puede decirse que del siglo v al xix.

El *Ensayo sobre la Historia de la Propiedad territorial en España*, por Francisco de Cárdenas [6], constituye la obra más científica que sobre la materia se ha escrito. También se debe mencionar aquí el *Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad y su estado actual en Europa*, por Gumersido de Azcárate [7]. Aunque, como reza el título, se refiere a Europa en general y no especialmente a España, es sobre todo interesante en la parte española, donde el autor aporta su caudal de personales observaciones.

Fuera de esas obras y otras semejantes, que abarcan varias épocas, la bibliografía de la historia del derecho español está principalmente compuesta por múltiples estudios parciales o monográficos, referentes más bien a un período determinado. Para mayor claridad convendría, pues, dividirla según sus asuntos. Pueden distinguirse los siguientes : *a)* la metodología ; *b)* el derecho primitivo ; *c)* la época romana ; *d)* la época visigótica ; *e)* la época de la Reconquista ; *f)* la época moderna (1492-1808) ; *g)* el derecho canónico ; *h)* la historia general. Vamos á dar á continuación esa bibliografía, así agrupada ó dividida. Claro es que sólo men-

1. Madrid, 1885.
2. Madrid, 1898.
3. Madrid, 1900.
4. Madrid, 1890.
5. Madrid, 1903.
6. Madrid.
7. Madrid, M.DCCC.LXXXIX.

cionaremos las publicaciones más señaladas y de más facil manejo, omitiendo muchas fuentes de menor importancia, porque, de otro modo, sería la lista demasiado larga y repetida, sirviendo al lector antes para confundirlo que para orientarlo.

a) Metodología. — La mejor fuente de consulta para la metodología especial, así como para hacerse una idea general de la literatura de la materia, es la citada *Historia del Derecho español* por Altamira. Esta obra es producto de larga y concienzuda enseñanza de la asignatura en la universidad de Oviedo. Su autor aplica allí, oportunamente, los conceptos básicos de la moderna metodología de la historia, desenvueltos antes en un tratado de carácter general [1].

La *Historia general del Derecho español* por Eduardo Hinojosa [2] y la *Historia de la Literatura jurídica española* por Rafael de Ureña y Smenjaud [3], contienen también interesantes conceptos metodológicos [4].

b) Derecho primitivo. — Hasta fines del siglo XIX sólo se tenía, sobre las costumbres, instituciones y cultura de los primitivos habitantes de España, iberos y celtas españoles, unas pocas nociones harto vagas. Derivábanse principalmente de la exposición del libro III de la *Geografía* de Estrabón, y también de noticias sueltas traídas por algunos otros escritores antiguos, como Tito Livio y Plinio. A esa fuente de información grecolatina se han añadido ahora valiosísimas contribuciones que proceden de la disciplina filológica del antiguo idioma, de estudios sobre la epigrafía local y romana, así como del folklorismo y la poesía popular. Inicia la serie de esos estudios ibéricos histórico-jurídicos Joaquín Costa, con su *Poesía popular y Mitología y Literatura celto-hispanas* [5], el *Plan de una Historia del Derecho español en la*

1. *La Enseñanza de la Historia*, 2a ed., Madrid, 1895.
2. *Introducción,* tomo I, págs. 1-44.
3. 2a ed., Madrid, 1906.
4. *Ibid,* tomo I, págs. 1-407.
5. Madrid, 1888.

antigüedad [1], los *Estudios ibéricos* [2], el *Colectivismo agrario en España* [3], el *Derecho consuetudinario y la Economía popular en España* [4]. A estos estudios fundamentales de Costa, se suman otros que los complementan, como la *Historia de la Escritura en España* por Muñoz Rivero, y algunas monografías, como *El Duelo judicial entre los Celtíberos* por D'Arbois [5].

c) Época romana. — Para el estudio de las instituciones romanas en la península española hay, por supuesto, que recurrir ante todo a las leyes romanas, especialmente a los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, así como a los jurisconsultos mencionados en la Ley de Citas. Ese estudio de las fuentes legales se completa con los autores antiguos, tales como Tito Livio, en sus *Décadas de la Historia romana* y Estrabón en su *Geografía*. Tal disciplina requiere una labor inmensa, una consagración de toda la vida, más propia de especialistas del derecho romano que de la historia del derecho español propiamente dicho. Por eso es forzoso servirse de las construcciones modernas de la ciencia alemana, principalmente de las de Puchta [6], Mommsen [7], Marquardt [8], Krüger [9] y otros autores de viso y fundamento.

d) Época visigótica. — Entre los antiguos autores latinos, dos hay cuyas noticias sobre las tribus germánicas han servido principalmente de base a los estudios modernos: Julio César, en

1. Madrid, 1889.
2. Madrid, 1891-1894.
3. Madrid, 1899.
4. Barcelona, 1902.
5. Citados ambos por ALTAMIRA, *Historia del Derecho español,* pág. 20.
6. *Cursus der Institutionen*, 6ª ed., Leipzig, 1866.
7. *Römische Geschichte*, Berlín, 1885; *Römisches Staatsrecht*. 2ª ed., Leipzig 1876 ; *Römische Forschungen,* Berlín, 1884. Puede consultarse el *Manuel des. Antiquités romaines* (Mommsen, Marquardt y Krüger), traducción francesa hecha bajo la dirección de G. Humbolt, París.
8. *Römische Staatsverwaltung,* Leipzig, 1881.
9. *Historia, Fuentes y Literatura del Derecho romano*, trad. esp., Madrid.

De bello gallico, y Tácito, en sus *Annales* y *De moribus germanorum*. Las noticias de esos dos autores se han cotejado y completado con otros menos populares, como Estrabón, Plinio, Varrón. En nuestros tiempos existe una vasta bibliografía científica sobre los antiguos pueblos germánicos, en general, y también, en especial, sobre la rama ó grupo que nos interesa, los godos, y aun los visigodos. Para conocer la historia de estos últimos los autores modernos se han servido de historiadores antiguos posteriores á los más arriba citados : Procopio, Amiano Marcelino, Jornandes, San Isidoro. A su conocimiento han añadido las indispensables disciplinas filológica y antropológica. La ciencia, sobre todo la alemana, ha llegado así á construcciones sobre la historia de los visigodos, como las de Dahn [1], de las cuales no puede prescindirse. Son también consultables para el caso, en sus primeros capítulos, los mejores tratados de historia del derecho alemán [2], y más necesarios los estudios alemanes sobre la historia del derecho visigótico [3]. La bibliografía española cuenta también con eruditos estudios, como la *Historia de la Ley primitiva de los Visigodos* y *Descubrimiento de algunos de sus capítulos* por José García [4]. La más importante y completa de esas obras españolas es sin disputa las *Instituciones sociales de la España goda* por Pérez Pujol [5]. La *Legislación gótico-hispana (Leges antiquiores, Liber Iudiciorum)* de Rafael de Ureña y Smenjaud [6] expone la más moderna y científica reseña

1. *Politische Geschichte der Westgothen*, Würzburg, 1870 ; *Die Verfassung der Westgothen*, 2a ed., Leipzig, 1883 ; *Westgothischen Studien*, Würzburg, 1874 ; *Westgothisches*, Leipzig, 1885.

2. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1887. Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechstgeschichte*, Leipzig, 1887. Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, Braunschweig, 1860.

3. A. Helfferich, *Entstehung und Geschichte des Westgothenrechts*, Berlín, 1858 ; *Westgothen*, 2a ed., Leipzig, 1883.

4. Madrid, 1865.

5. Madrid, 1896.

6. Madrid, 1905.

de las fuentes de ese derecho. No carecen de interés las respectivas monografías de Cárdenas, incluídas en sus *Estudios jurídicos* [1].

e) Época de la Reconquista. — La época que comienza con la invasión de los moros y concluye al terminarse las guerras de la Reconquista (1492), es sin duda la que ha dado origen, acaso por lo dramática y gloriosa, a más abundantes y fundamentales estudios de historia del derecho. Por referirse en su mayor parte a ese período, citaremos las monografías que ha reunido Costa en sus *Estudios jurídicos y políticos* [2], y los de Hinojosa contenidos en sus *Estudios sobre la Historia del Derecho Español* [3].

Para proceder aquí con mejor método, tratándose de investigaciones por fuerza regionales, sería sin duda conveniente subdividir la bibliografía según atañe a los distintos reinos entonces existentes en la península. Pero ello se haría un tanto complejo, por referirse muchas de las obras a varios de esos reinos. De ahí que nos contentemos con enunciar, á guisa de ejemplos ilustrativos, como especialmente útiles para el estudio del período (y en parte también para el que viene después) algunas obras : *El Fuero de Avilés* por Aureliano Fernández Guerra y Orbe [4] ; *Derecho consuetudinario en el Alto Aragón* por Joaquín Costa [5] ; *Orígenes del Justicia de Aragón* por Julián Ribera y Rafael Ureña [6] ; *Las Cortes Catalanas* por Coroleu y Pella [7] ; *La Nación y la realeza en los Estados y la corte de Aragón* por Bienvenido Oliver [8] ; *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media* por Hinojosa [9], etc., etc.

1. Madrid, 1884.
2. Madrid, 1884.
3. Madrid, 1908.
4. Madrid, 1865.
5. Madrid, 1880.
6. Zaragoza, 1897.
7. Barcelona, 1876.
8. Madrid, 1884.
9. Madrid, 1905.

En punto al derecho castellano, el que fundamental si no exclusivamente nos interesa, a más de la ya con elogio citada obra de Martínez Marina, entre las modernas, deben mencionarse de preferencia la *Introducción* a *Las Cortes de León y Castilla* [1] y el *Curso de Derecho político según la historia de León y Castilla* de Manuel Colmeiro [2], y *El poder Civil en España* (aunque esta obra se refiere también á los demás estados peninsulares, como reza su título) de Manuel Danvila y Collado [3]. Tiene verdadero atractivo, no obstante su tendencia a generalizar con harta facilidad, el *Estudio histórico sobre las Municipalidades de Castilla y León* de Sacristán y Martínez [4].

f) Época moderna. — Los investigadores modernos, como oportunamente observa Altamira, después de renovar por completo el conocimiento de los tiempos primitivos (Costa), y de contribuir al estudio de la época visigoda (García, Pérez Pujol, Hinojosa, Fernández Guerra), « se han dedicado preferentemente á los siglos de de la Reconquista, ya por ser materia más genuinamente española, ya por moverlos a ello el interés regional de las particularidades medioevales, y también por la fuerza del ejemplo de los eruditos del siglo XVIII y comienzos del XIX. En cambio, se da el caso curiosísimo de que, cuanto más nos acercamos a los tiempos presentes, más obscuro y vago es el saber de la historia jurídica española, por haber arrastrado a los autores el encanto de los hechos pasionales y de las luchas religiosas [5]. » Donde mayormente se nota este vacío bibliográfico es en lo relativo al derecho consuetudinario local. Nos encontramos así con que, para el estudio de la época moderna, tenemos forzosamente que echar mano de los códigos de las ediciones corrientes y demás fuentes legisladas, y a los

1. Madrid, 1883.
2. Madrid, 1894.
3. Madrid, 1885.
4. Madrid, 1877.
5. ALTAMIRA, *op. cit.*, pág. 202.

escasos y no siempre exactos datos de los tratadistas de historia general del derecho español, como Marichalar y Manrique y Antequera. Sin embargo, en la *Historia del Derecho español* de Altamira y en varios de los libros citados en el inciso anterior, como los *Estudios jurídicos y políticos* de Costa y las monografías de Hinojosa, podemos hallar elementos que nos impidan caer en muchos errores vulgares, hasta ahora inocentemente propalados en la enseñanza de la asignatura.

g) Derecho canónico. — Hase hecho frecuente, sobre todo en América, al estudiar la historia del derecho español, ocuparse sólo del civil, prestando escasa o ninguna atención al canónico. Dada la real importancia de este último, la recíproca influencia de ambos, y, a veces, hasta el difícil deslindamiento de uno y otro, tal descuido implica, o un error histórico, o falta de sinceridad científica. Indispensable es estudiar conjunta y paralelamente los dos derechos, so pena de no comprender a fondo ni uno ni otro. Pero el derecho canónico se presenta de por sí como una especialidad azaz vasta y compleja, de la cual no nos conviene tomar más que la parte necesaria, y de una manera general.

Sobre los orígenes del Cristianismo tienen un primer valor documental el Nuevo Testamento y los padres de la Iglesia. Mas su trabajoso estudio resultaría insuficiente si no se lo completara con la lectura de las modernas obras científicas de Renan [1] y otros [2]. Para las épocas posteriores habrá que consultar las mejores historias eclesiásticas en general, así como los tratados clásicos de derecho canónico español y de historia de la Iglesia de España, sien-

1. *Marc-Aurèle et la Fin du Monde antique,* París, 1895 ; *Vie de Jésus,* París, 1879 ; *Les Apôtres,* París, 1866.

2. G. Boissier, *La Fin du Paganisme,* París, 1894. A. de Broglie, *L'Eglise et l'Empire Romain au IVe siècle,* Paris, 1904. Riffel, *Geschichtliche Darstellung des Verhältnisse zwischen Staat und Kirche von der Gründung des Christenthums bis auf Justinian I,* Maguncia, 1836. A. Beugnot, *Histoire de la Destruction du Paganisme en Occident,* París, etc., etc.

do fuente indispensable la *España Sagrada* [1]. Recomiéndase por su erudición la *Historia de los Heterodoxos españoles* de Menéndez y Pelayo [2], y, por su método, la historia de Gams [3]. Es también necesaria la *Historia eclesiástica de España* de Vicente de la Fuente [4].

h) Historia general. — La bibliografía especial de historia del derecho español ha de completarse, naturalmente, con los mejores tratados de historia general de España. Indispensable es su lectura y conocimiento. Dada la solidaridad de los fenómenos sociales, el derecho es sólo un punto de vista en la historia general de cada pueblo; no existe aislado, sino en el conjunto de los hechos coetáneos. Pero resultaría excesivo citar aquí toda la bibliografía de materia tan lata y varia. Dejaremos de lado las obras clásicas, desde las *Crónicas de los reyes de Castilla* [5] y la *Historia general de España* por el padre Juan de Mariana [6], recordando especialmente tratados más modernos o mejor informados.

Como elocuente cuadro descriptivo de las distintas épocas y sus principales acontecimientos y personajes, es siempre leíble la *Historia general de España* de Modesto Lafuente, continuada hasta nuestros días por Juan Valera [7]. Pero, si bien interesante como narración de historia externa, resulta deficiente en su parte de historia interna. La exposición suele ser ahí tan difusa e imprecisa, que resultaría peligroso seguirla en cualquier punto sin previo examen de las fuentes. Menos amplia de proporciones, tiene carácter mucho más científico y exposición más concreta la *Historia de España y de la Civilización española* de Rafael Altamira y

1. H. Flórez, *España Sagrada,* Madrid, M. DCC. LVI

2. Madrid.

3. *Kirchengeschichte von Spanien,* Ratisbona, 1864.

4. 2ª ed., Madrid, 1873.

5. Biblioteca Rivadeneyra, Madrid, 1875-1878, tomos LXVI, LXVII y LXVIII.

6. Biblioteca Rivadeneyra, Madrid, 1864-1872, tomos XXX y XXXI, págs. 1-411.

7. Barcelona, 1887.

Crevea [1]. Constituye esta obra la fuente más recomendable para el conocimiento somero y general de la historia interna de España. La circunstancia de ser su autor maestro largamente versado en la historia del derecho español, da a esta parte de su manual singular mérito y autoridad.

§ 6

CARÁCTER DEL PUEBLO ESPAÑOL

Estrabón trae una pintura elocuente de los pueblos peninsulares de su tiempo. Ya entonces se caracterizaban por su arrogancia y su particularismo. « El mismo orgullo presuntuoso, causa del fraccionamiento de la nación helénica en tantos pequeños estados, existía en más alto grado entre los iberos, junto a un carácter naturalmente falso y pérfido. Hábiles para sorprender al enemigo, esos pueblos no vivían sino del robo, aventurando a cada paso golpes de mano, nunca grandes empresas, sin acertar a duplicar sus fuerzas por una liga o confederación poderosa. Si se hubieran convenido en unir sus armas no habrían visto la mejor parte de su país tan fácilmente invadida por los cartagineses y más antiguamente por los sirios, luego por los celtas, los mismos que hoy llevan el nombre de Celtíberos y Verones, y más recientemente por un bandido como Viriato, por Sertorio y por muchos jefes celosos con él de agrandar su imperio [2]. »

Basado en sus lecturas latinas, el padre Mariana describe, no sin colorido y perspicacia, aunque idealizándolo a su manera, el genio de esos primitivos pueblos peninsulares. « Groseras, sin policía ni crianza, dice, fueron antiguamente las costum-

1. 2ª ed., Barcelona, 1909.

2. Estrabón, III. 4, 17 y 18. Citado por Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 58.

bres de los españoles. Sus ingenios, más de fieras que de hombres. En guardar secreto se señalaron extraordinariamente; no eran parte los tormentos, por rigurosos que fuesen, para hacérsele quebrantar. Sus ánimos, inquietos y bulliciosos; la ligereza de sus cuerpos, extraordinaria; dados a las religiones falsas y culto de los dioses; aborrecedores del estudio de las ciencias, bien que de grandes ingenios. Los cuales, transferidos en otras provincias, mostraron bastantemente que, ni en la claridad de entendimiento, ni en excelencia de memoria, ni aun en la elocuencia y hermosura de las palabras daban ventaja a ninguna otra nación. En la guerra fueron más valientes contra enemigos que astutos y sagaces; el arreo de que usaban, simple y grosero; el mantenimiento, más en realidad que exquisito ni regalado; bebían de ordinario agua, vino muy poco; con los malhechores eran rigurosos, con los extranjeros benignos y amorosos [1]. »

Hume recuerda que los antiguos iberos se parecían a las kabilas del Atlas, no sólo en lo físico, sino también en lo moral. « En las particularidades más inalterables de carácter e instituciones es fácil seguir la semejanza hasta el español del día. La organización de los iberos, como la de los pueblos del Atlas, era la del clan y la tribu, y su principal característica, una indomable independencia local. Belicoso y valiente, sobrio y jovial, el hombre de la Kabila tenazmente resistió, durante miles de años, todas las tentativas de fundirle en una nación o someterle a un dominio uniforme; mientras que el ibero, procedente del mismo tronco, se mezcló con razas arias que poseían otras cualidades, y estuvo sometido durante seis siglos a la organización unificadora de la raza gobernante más grande que ha conocido el mundo, los romanos. Sin embargo, aun en el día presente la principal característica de la nación española, como la de las kabilas del Atlas, es la falta de solidaridad [2]. »

1. MARIANA, *Historia general de España*, Madrid, 1864, tomo I, pág. 6.
2. HUME, *Historia del Pueblo Español*, trad. esp., Madrid, pág. 11.

Por nuestra parte, profesamos una teoría acerca del carácter español, explicándolo principalmente por la influencia del medio [1]. Formado en un clima benigno, sobre un suelo feraz y en medio de pintorescos paisajes, el viejo pueblo español poseyó siempre un alma inteligente y grande. Imprimió indeleblemente a esa alma un sello guerrero la configuración geográfica del país. Opulenta y hermosa península, abierta por el Mediterráneo, los Pirineos y el estrecho de Gibraltar, que antes fuera istmo, a la codicia de todas las razas y a la conquista de todos los pueblos de Europa, Asia y África, el suelo español existió en continuo estado de defensa. Sus antiguos habitantes, llamados los iberos, con los cuales se amalgamó el elemento celta, constituyendo el pueblo indígena, un pueblo mixto, viéronse continuamente amagados por fenicios, griegos, cartagineses, romanos; vivieron en guerra secular contra el extranjero invasor, que sólo pudo ocupar ciertos puntos de la costa, donde fundó colonias. Ese perpetuo estado de guerra modeló en el pueblo peninsular su carácter guerrero, y le inspiró su épico culto del valor.

Más tarde, la conquista romana, que en otras provincias del Imperio limitábase al paso victorioso de un ejército, tuvo que mantener en la península guarniciones permanentes. El heroísmo español ya se demostraba en las defensas de Sagunto y de Numancia. Y esa dominación romana, mezclando su sangre a la de las poblaciones conquistadas, dejó tan hondas huellas que, al caer, el pueblo, de suyo inteligentísimo, había adoptado su habla e iniciado una nueva cultura. En virtud de su fatalidad geográfica e histórica, sufrió todavía, después de otras menos importantes, la invasión de los visigodos, quienes, vencedores, no se mezclaron mayormente con los naturales, dándoles tan sólo jefes. Esas invasiones y conquistas pudieron realizarse, a pesar del indómito valor de los españoles, porque sus poblaciones no estuvieron

1. Véase C. O. Bunge, *Nuestra América (Ensayo de psicología social)*, 4a ed., Buenos Aires, 1911, págs. 13-93.

nunca unidas y uniformemente organizadas. Vivían en el aislamiento, producto de su propio espíritu arrogante y belicoso y favorecido por la geografía interior de la península. Separadas las distintas regiones por selvas y montañas, en cada región se había formado un pueblo, solitario como un nido de águilas.

Vióse España atacada en el siglo VIII por una nueva invasión. Los árabes, encendidos en la pasión religiosa del Islam, penetraron hasta el corazón de la península, sentando en ella sus reales. Más irritante que las anteriores, por su carácter oriental y su credo, la invasión árabe provocó en las poblaciones hispánicas, cuya cultura era ya avanzada, vivo sacudimiento. ¡ Menester era rechazarla ! Para ello no había más medio que la unión de los diversos grupos y bandos en que se dividía cada reino, y hasta la de algunos de los varios estados en que entonces hallábase España fraccionada. Tal unión no pudo producirse sino unificando las creencias religiosas, con el apoyo de la Inquisición y por la política de los Reyes Católicos. Opúsose la Cruz al Islam, y los árabes fueron expulsados del sagrado suelo de la patria, precisamente cuando se descubría el Nuevo Mundo.

La configuración peninsular de España, obrando en las costumbres de sus habitantes, les forja, pues, un alma esencialmente guerrera. Su bélica arrogancia ha florecido en todas las manifestaciones de su cultura : la religión, la política, las industrias, las bellas artes, las letras. Y fué en la conquista de América donde se mostraron tal vez mejor que en ninguna parte el heroísmo y la inteligencia del genio español. Los hombres que en frágiles carabelas desafían y vencen las borrascas del océano ; los aventureros que cruzan y transponen las vírgenes espesuras y las agrias cordilleras de desconocidos continentes, a través de pueblos hostiles ; los puñados de soldadotes que con Hernán Cortés o Francisco Pizarro domeñan poderosos imperios, preséntansenos como verdaderos héroes, ¡ como semidioses ! ¿ Cuál nación tuvo nunca hijos más valientes ni realizó con tan escasos medios mayores proezas, asombro y maravilla del mundo todo ?... Ya veremos como ese

casticísimo carácter del pueblo español influye en su derecho histórico y, por consiguiente, también en las instituciones del derecho indiano.

§ 7

DIVISIÓN EN PERÍODOS

La historia especial del derecho español se divide, por forzosa correspondencia, en los mismos períodos o épocas que la historia general de España. Aunque el derecho sea antes producto del estado económico y las costumbres que de la política y la acción de los hombres eminentes, es lo cierto que existe una íntima conexión entre la historia externa y la interna. Las divisiones clásicas de la historia en períodos, aunque establecidas antes en consideración a lo externo, aplícanse también a lo interno. Las grandes transiciones de la época antigua a la media, de la media a la moderna y de la moderna a la contemporánea responden al conjunto de los hechos, es decir, tanto a variantes o cambios de gobierno y de vida pública, cuanto a modificaciones, si menos rápidas y perceptibles, acaso más seguras y eficientes, en la vida privada, las costumbres, las ideas.

Más o menos de acuerdo, pues, con lo establecido y corriente en la historia general de España, la del derecho divídese en las siguientes épocas o períodos :

1ª *Época primitiva*. — Comienza con las primeras noticias históricas acerca de la península, las cuales se remontan al siglo VI antes de Cristo, y termina con la conquista romana, que no puede considerarse definitivamente alcanzada hasta principios de nuestra era. Corresponden a esa época las instituciones de los iberos primitivos, los celtas y los celtoiberos o celtohispanos, así como las colonizaciones fenicia y griega y la dominación cartaginesa.

2ª *Época romana*. — Iniciada con la conquista romana, abarca

hasta la invasión de los pueblos del Norte, en el siglo v, o más bien, para fijar una fecha, hasta el año 507, en que se asentó la dominación visigótica. El derecho vigente en esa época es principalmente relativo al segundo período de la historia del derecho romano, el imperial anterior al Cristianismo, que se abre en tiempo de Augusto y se cierra con la conversión de Constantino.

3ª *Época visigótica.* — Comprende el tiempo de la dominación de los visigodos en España, desde que se implantó, en 507, hasta que fenece bajo la invasión y conquista de los árabes, en 711. Es la primera mitad de la edad media española. A su vez se subdivide necesariamente en dos períodos : el arriano, hasta la conversión de Recaredo (507-587), y el católico (587-711). De ellos, el primero puede considerarse como prólogo o preparación del segundo, tanto más largo e importante, pues que en él se unificó y perfeccionó la legislación.

4ª *Época de la Reconquista.* — Arranca de la invasión de los árabes, y concluye con su definitiva expulsión por los Reyes Católicos y el descubrimiento de América, en 1492. Es la segunda mitad de la edad media española. Subdivídese también en dos períodos : del siglo VIII a fin del XII, en el cual se forma y florece libre y típicamente el llamado derecho foral, y del principio del XIII hasta fines del XV, durante el cual se robustece el poder del rey y se generaliza el estudio y la influencia del derecho romano.

5ª *Epoca moderna.* — De 1492 en adelante transcurre esta época, que, ya puede extenderse hasta nuestros días, ya hacerse terminar en los comienzos del siglo XIX (1808), con el triunfo de las ideas revolucionarias.

6ª *Época contemporánea.* — Dase generalmente por terminada la época moderna en los comienzos del siglo XIX, con muy buen acuerdo, porque la del presente ha asumido novísimos caracteres, transformando por completo el régimen político, en virtud de las doctrinas democráticas y el sistema representativo. Pero esta última época del derecho español, la contemporánea, no atañe o

interesa directamente a la historia del derecho argentino, pues que nuestra independencia data prácticamente de 1810. No será por ello tratada aparte en esta obra, considerando más bien, a nuestro intento, que la época moderna del derecho español dura hasta el presente.

SECCIÓN I

TIEMPOS PRIMITIVOS

CAPÍTULO I

TIEMPOS PRIMITIVOS

§ 8. Los iberos y los celtas. — § 9. Estado cultural y social de los antiguos pueblos ibéricos. — § 10. La propiedad. — § 11. La familia. — § 12. La gentilidad. — § 13. La tribu. — § 14. La federación de tribus. — § 15. Estado general del derecho.

§ 8

LOS IBEROS Y LOS CELTAS

CÉSAR, *De bello gallico*, en *Comentarii*, ed. Dinter, Teubner, Leipzig, 1890. (Véase la trad. esp. de J. Goya y Munjaine, Madrid, 1904, tomo I.) ESTRABÓN, *Geographica, graece cum versione*, ed. Didot, París, 1853, libro III. (Véase la trad. franc. de A. Tardieu, París, 1883, tomo I, págs. 211-289.) TITO LIVIO, *Ab urbe condita, Edit. curavit Maur. Müller*, Teubner, Leipzig. 1899-1906. (Véase *Décadas de la Historia romana*, trad. esp. de F. Calvo, Madrid, 1888.) APPIANO, *Romanorum historiarum quae supersunt, graece et latine*, ed. Didot, París, 1877. DIODORO SÍCULO, *Bibliothecae historicae quae supersunt, graece et latine*, ed. Didot, París, 1818. SILIO ITÁLICO, *Punica*, ed. Baeur, Teubner, Leipzig, 1890. PLINIO, *Naturalis historiae libri*, ed. Car. Mayhoff, Teubner, Leipzig, 1898-1906. G. DE HUMBOLDT, *Los primeros pobladores de España*, trad. esp. de R. Ortega y Frías, Madrid, 1879. J. PHILLIPS, *Die Einwanderung der Iberer in die pyrenaische Halbinsel*,

Viena, 1870. GERLAND, *Die Iberer und die Basken*, en el *Grundriss für romanische Philologie* de Göber, Estraburgo, 1881, págs. 313-314. CUNO, *Die Kelten*, Leipzig, 1878. E. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Introduction à l'étude de la littérature celtique*, París, 1885 ; *Les premiers habitants de l'Europe*, París, 1894 ; *Les Celtes en Espagne*, en la *Revue celtique*, París, 1893, vol. XIV, núm. 4. G. SERGI, *Africa, Antropologia della stirpe camitice*, Turín, 1897 : *Arii e Italice*, Turín, 1898 ; *Decadenza delle nazione latine*, Turín, 1900, págs. 202-226. E. DE HINOJOSA, *Historia general del Derecho español*, Madrid, 1887, tomo I, págs. 47-74. E. PÉREZ PUJOL, *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*, Valencia, 1896, tomo I, págs. 3-15. R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Historia de España y de la Civilización española*, 2ª ed., Madrid, 1909, tomo I, págs. 19-25.

El hombre existió, en la península hispánica, desde la era cuaternaria. Imposible es precisar las razas autóctonas de esas tierras, así como las sucesivas inmigraciones de los tiempos prehistóricos. Entrando en los tiempos históricos, se halla una denominación genérica para designar a un pueblo o raza extensa que habitaba la península hacia el siglo VI antes de Cristo : ¡ los iberos ! Poco o nada se sabe acerca de su origen, ignorándose aun si constituían una verdadera unidad étnica o lingüística, a punto de que se los puede considerar una simple expresión convencional, de relativo valor científico [1]. Atribúyeseles generalmente procedencia asiática ; en tal caso formarían parte de una larga familia ibero-libia, que poblara todo el norte de África y entró en Europa por el sur. Por eso se los califica también de afroeuropeos o euroafricanos [2].

Posteriormente, a fines del siglo VI, en el V, o quizá hasta en el IV, invadió la península, por los Pirineos, otra raza, los celtas. Con mayor razón se los supone de origen asiático, perteneciendo a la familia comunmente llamada indoeuropea o aria, y también, con una fórmula más general, asioeuropea o eurásica. Su entrada produjo las consiguientes luchas y desplazamientos. Hallando ocu-

1. Véase ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Les premiers habitants de l'Europe*, París, 1894, tomo I, págs. 24-73.

2. Véase SERGI, *Arii e Italici*, págs. 177-198 ; *La decadenza delle nazione latine*, págs. 202-206.

padas las regiones orientales y meridionales, se dirigieron al occidente y al norte; debieron establecerse donde encontraron menor resistencia. Inevitable es que entroncaran con los naturales, formando una raza mixta, generalmente denominada celto-ibera, en la cual debía predominar, ya el uno, ya el otro elemento étnico [1]. Estudiando los antiguos nombres geográficos de origen ibérico y los países indudablemente ocupados por los celtas, se infiere que los iberos habitaron casi exclusivamente las regiones próximas a los Pirineos y a la parte meridional. Los celtas poblaron, casi exclusivamente también, los territorios de Galicia y Portugal. Mezclados ambos pueblos, habitaron el interior, parte de Andalucía y las costas del norte [2]. En estas mezclas, al menos en la parte meridional, predominó mayormente el elemento ibérico, que debía ser el más numeroso.

1. « A los pueblos resultantes de estas mezclas les llamaron los escritores antiguos Celtíberos, señalando como residencia principal de ellos una región (Celtiberia) de límites no muy determinados, que iba desde Alcázar de San Juan hasta el Ebro, y desde Ocaña a Segorbe; pero conviene advertir que esta aserción no es muy segura, dudándose hoy que el nombre aquel designe realmente un pueblo mixto de iberos y celtas. Para D'Arbois, resueltamente, los Celtíberos no son más que los celtas; ya los más orientales (desde el Ebro hasta el Tajo, Guadiana y Júcar y el sureste de Madrid hasta Segorbe), ya todos los celtas del centro de España, que bajan hasta Andalucía y suben hasta Palencia. Comprende en la denominación a los Oretanos, Arevacos, Vacceos y pueblos del otro lado (norte del Ebro). » ALTAMIRA, *Historia de España*, tomo I, pág. 64. ARBOIS DE JUBAINVILLE, *op. cit.*, tomo II, págs. 400 y 410; *Les Celtes en Espagne*, en la *Revue celtique*, París, 1843, vol. XIV, Nº 4. El punto de vista en que Arbois de Jubainville se coloca hace suponer que hubo escasa fusión de razas, lo cual no puede ser admisible más que para los primeros tiempos de la inmigración celta; tarde o temprano ha debido por fuerza producirse una fusión más extensa. Tenemos así que al nombre de Celtíberos se da una doble acepción: 1º la de los antiguos habitantes de la Celtiberia, de origen tal vez predominantemente celta; 2º la del conjunto de la mezcla iberocelta, que puede decirse abarca a casi todos los habitantes de la península en tiempos de la conquista romana. Esta última significación, por cierto la menos precisa y propia, es la que se atribuye vulgarmente al término.

2. HINOJOSA, *Historia general del Derecho español*, tomo I, pág. 50.

« De las noticias que traen los escritores antiguos resulta que los principales pueblos o naciones que, después de la invasión celta, había en España eran : los Galaicos o gallegos, que ocupaban el territorio ocupado por su nombre ; los Astures, habitantes en Asturias ; los Cántabros, divididos en nueve grupos, en la Cantabria, o sea el litoral comprendido entre la ría de Villaviciosa y Castro-Urdiales ; los Autrigones, Várdulos y Vascones, en los países correspondientes a las actuales Provincias Vascongadas, Navarra y parte de Aragón, hacia Huesca ; desde aquí, por toda Cataluña hacia el mar, los Ilergacones, Bargusios, Laietanos, Suesuetanos, Cerretanos e Indigetes ; en Valencia y parte de Castellón y Zaragoza, los Edetanos ; en Alicante y Murcia, los Contestanos ; los Turdetanos, al sur de Extremadura y oeste de Andalucía ; los Túrdulos, el centro y este de la misma ; los Vacceos, en parte de Castilla la Vieja; los Celtíberos (propiamente dichos), en parte de la Nueva y de Aragón ; los Vetones, en la región entre el Duero y el Guadiana, y en especial en Extremadura, Salamanca y Ávila ; los Carpetanos, en Toledo y parte de Madrid y Guadalajara ; y los Oretanos, en la región de Ciudad Real [1]. »

§ 9

ESTADO CULTURAL Y SOCIAL DE LOS ANTIGUOS PUEBLOS IBÉRICOS

ESTRABÓN, *op. cit.*, libro III. APPIANO, *op. cit.* CÉSAR, *op. cit.* PLINIO, *op. cit.* J. COSTA, *Estudios ibéricos,* Madrid, 1891-1895 ; *Poesía popular española y Mitología y Literatura celto-hispanas,* Madrid, 1888 ; *Colectivismo agrario en España,* Madrid, 1898. M. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los Heterodoxos españoles,* Madrid, tomo I, págs. 41-46. E. DE HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 54-57. E. PEREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, pág. 64-84 R. ALTAMIRA Y CREVEA, *op. cit,* tomo I, págs. 58-65.

Aunque sean tan escasos los datos acerca de la España primitiva, puédense considerar al respecto distintas épocas y formas :

1. ALTAMIRA, *op. cit.*, tomo I, págs. 64-65.

1º cultura y carácter de los iberos originarios; 2º cultura y carácter de los celtas; 3º estado cultural de la península en la época de la conquista romana.

Los iberos constituían probablemente, como hemos dicho, una de las ramas de la familia étnica afroeuropea, que a fines del período cuaternario alcanzó cierto grado de civilización. Su carácter parece haber sido siempre extremadamente individualista y particularista, celosísimo en la defensa de la persona, así como en la del clan y de la región donde estaba éste radicado.

Los celtas, pertenecientes más bien a la familia étnica asioeuropea, poseían a su vez una cultura incipiente, acaso no menor que la de los iberos. Eran también agricultores y pastores. En su carácter se nota castizo y hondo misticismo. Profesaban un extendido culto a la naturaleza, adorando las fuentes, los ríos, las montañas, las selvas. Háse llamado druídico ese culto, aunque en España no se hallaron trazas de que, como entre los celtas de la Galia, existiera nunca la sombría teocracia de los sacerdotes druidas.

Cuanto se dice sobre las creencias de los iberos y los celtas resulta un tanto conjetural. Las referencias de Estrabón son harto vagas; no arrojan luz alguna sobre el problema. San Agustín atribuye a los primitivos habitantes de España, juntamente con otros muchos pueblos, el conocimiento de un solo Dios, incorpóreo, incorruptible [1]. Como el obispo de Hippona, por la época en que vivió, no tuvo oportunidad de estudiar personalmente el punto, su testimonio carece del menor mérito científico; sigue simplemente la absurda doctrina de la Biblia, al sentar que todos los pueblos profesaran originariamente, por la revelación, una creencia monoteísta. Con algo mayor verosimilitud, Menéndez y Pelayo supone antes panteístas a los antiguos españoles, especialmente a los celtas. Sólo después, por la influencia romana, habrían adop-

1. Agustín, *De Civitate Dei*, VIII, 9.

tado el politeísmo, dando nombres indígenas a los dioses de importación [1].

Según el estado cultural de iberos y celtas, más científico es atribuirles creencias que fluctuaran entre un primitivo fetichismo y el politeísmo. Los celtas veneraban las fuentes y los ríos, las encinas y los bosques sagrados. « Su culto era semejante al druídico y profesaban la metempsicosis. Eran augures y arúspices; observaban el vuelo de la corneja sagrada y las entrañas palpitantes de las víctimas; tenían en gran veneración a sacerdotes y druidesas, dotados del poder de adivinación, y celebraban con hogueras y cantos el novilunio. Cada gentilidad o familia tenía por dioses lares a sus fundadores. El sacrificio de los celtas recorría toda la escala natural, desde los frutos de la tierra hasta las víctimas humanas. Practicaban asimismo el culto de los muertos, según consta por varias inscripciones, y se ha sostenido con plausibles escrituras que tampoco les era desconocido el del fuego... Donde marcó mayor huella el celticismo fué en la zona septentrional, comprendiendo a los Galaicos, Astures, Cántabros y Vascones. No obstante el naturalismo celta, y acaso por esa razón, se conocen, por la epigrafía, los nombres hasta de una cincuentena de divinidades gallegas y lusitanas [2]. » En Bética y Turdetania, en general en la zona meridional, habiendo sido menor la influencia céltica y mayor la romana, y pesando además los antecedentes fenicios, griegos y cartagineses, el politeísmo grecorromano parece haber substituído a las creencias primitivas. No es aventurado sospechar que las antiguas creencias iberas, ya que no celtas, asumían una forma politeísta muy semejante a la religión de los invasores.

1. Menéndez y Pelayo, *Historia de los Heterodoxos españoles*, Madrid, tomo I, pág. 45. Cita y sigue a Costa, *Cuestiones celtíberas, Religión*, Huesca, 1877; *Organización política, civil y religiosa de los Celtíberos*, Madrid, 1879.

2. Menéndez y Pelayo, *op. cit.*, tomo I, págs. 43-44.

Del contacto geográfico de las dos razas, en unas partes, y, en otras, de su mayor ó menor fusión étnica, nace la población celtoibera, cuya cultura debió necesariamente progresar sobre la antigua barbarie de los iberos y los celtas. A su llegada, los romanos encontraron una cierta civilización peninsular. Esta civilización presentaba distintas formas y grados según las regiones y la diferente composición étnica. En la zona del norte, para los Galaicos, Astures y Cántabros, hasta los Vascones y el Pirineo, las costumbres eran semejantes, predominando el elemento céltico. En el interior de la península y en el sur predominaba más bien el ibero. En las costas del Mediterráneo, por influencia de las expediciones de los fenicios y más tarde de los cartagineses y de las colonias griegas, la civilización había alcanzado mayor desarrollo y florecimiento. No obtante, los pueblos peninsulares vivían generalmente entregados a la guerra y el bandolerismo.

Tito Livio dice sintéticamente que « el suelo árido e inculto de las Españas no puede alimentar muy considerable número de pueblos. Las costumbres agrestes y salvajes de los españoles, salvo los que habitan las costas de nuestro mar, se oponen también. atendiendo a que la reunión de los hombres en las ciudades produce ordinariamente el efecto de civilizarlos [1]. »

A su vez, Estrabón considera que la mayor parte de la Iberia « es apenas habitable ; no se encuentra, efectivamente, en casi toda su extensión más que montañas, selvas y planicie de un suelo flaco y poco abundante, regadas cuando mucho de una manera irregular [2]. » Hace excepción la parte meridional, y sobre todo Bética, habitada por los Turdetanos. « Comparados a los otros iberos, los Turdetanos son reputados los más sabios ; tienen una literatura, historia y anales de los tiempos antiguos, poemas y leyes en verso que datan, según ellos pretenden, de seis mil años. Pero las otras naciones iberas tienen también su literatura, me-

1. Livio, XLI. 4.
2. Estrabón, III, 1. 2.

jor dicho, sus literaturas, puesto que todas no hablan la misma lengua [1]. »

Estas desigualdades culturales se explican por las distintas causas que hemos apuntado. En primer lugar, la diversa composición étnica de las poblaciones. En segundo, la variedad en la configuración geográfica de la península, con regiones propicias al rápido desarrollo de la civilización y otras poco abundantes y hospitalarias. En tercero, por el carácter particularista de aquellas tribus. En cuarto y último, por el contacto que tuvieran las poblaciones del sur con las colonias y los comerciantes fenicios, griegos y cartagineses.

La mayor cultura de los Turdetanos y algunos pueblos vecinos, señalada por Tito Livio y Estrabón, fué probablemente más imitada que originaria. Las circunstancias étnicas, históricas y geográficas hacen forzosamente suponerlo así. La más adelantada civilización ibérica, aquella que encontraron los romanos antes de comenzar la era cristiana, más que producto espontáneo de la vida peninsular, fué en buena parte reflejo de otras civilizaciones.

Existían ya en los pueblos de la península clases sociales bien netas y determinadas, así como la institución de la esclavitud. Los hombres se dividían en siervos o esclavos y libres; los libres, en plebeyos y nobles o aristócratas. Los nobles, más ricos y fuertes, protegían a los plebeyos, a veces en forma semejante a la clientela romana. El agermanamiento o fraternidad artificial podía asumir esta forma, pues que consistía en un pacto por el cual varios guerreros seguían a su jefe, sirviéndole incondicionalmente, obligándose a defenderle y a no sobrevivirle, haciéndose matar o matándose ellos mismos si aquél perdía la vida en la guerra. El gobierno de las diversas tribus se inclinaba, ya a una forma monárquica, ya republicana. Se supone que la nobleza o aristocracia residía principalmente en las ciudades, y la plebe en el campo; así se explica la dependencia, que parece efectivamente

1. *Ibid.*, III, 1, 2.

haber existido, de las aldeas a las capitales. « Los siervos o esclavos eran hombres, ya nacionales o extranjeros, que dependían absolutamente de otros, como una cosa, hallándose privados de los derechos y la consideración de personas. Los había públicos, de propiedad del Estado o de las ciudades, y privados, dedicándolos sus señores al cultivo del campo, al trabajo de las minas, al servicio doméstico, a la industria, a funciones administrativas inferiores, etc. Su condición debía ser tan triste como la de todos los siervos de la antigüedad, aunque quizá hubo una clase de ellos dedicados exclusivamente a la agricultura, que gozó de libertad relativa [1]. »

§ 10

LA PROPIEDAD

Diodoro Sículo, *op. cit.*, V, 34, 3. E. de Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 77-79. E. Pérez Pujol, *op. cit.*, tomo I, págs. 34-45. J. Costa, *Colectivismo agrario en España*, págs. 419-437.

« Conviene ya la mayoría de los historiadores y de los economistas, en que la apropiación de la tierra en todas las razas empezó, no por el esfuerzo del individuo aislado, sino por una ocupación colectiva. Aun hoy las tribus salvajes reconocen entre sí el derecho exclusivo de cada una para cazar en el terreno que le es propio, y frecuentemente la violación de este derecho en un bosque, en un valle o en una montaña limítrofes, es entre ellas causa de guerra. Con mayor razón aparece la propiedad de la tierra en los pueblos pastores : cada tribu considera como suyo el territorio que ocupa con todas sus familias, pero sólo ellas aprovechan en común los pastos con sus ganados. Igual carácter colectivo conserva el dominio del suelo cuando sobre él se asienta defini-

1. Altamira, *op. cit.*, tomo I, págs. 68-69.

tivamente la tribu para cultivarlo; y, si la agricultura no puede separarse nunca de la ganadería, con mayor razón hubo de nacer unida á ella, de modo que la fuerza de las cosas estableció en el seno del territorio común, desde muy antiguos tiempos, la distinción de las tierras laborables, de una parte, y, de otra, de los bosques y prados [1]. »

En común continuó la propiedad de las tierras dedicadas al pastoreo, mientras que se iniciaba, en las de labranza, con el primitivo comunismo agrario, un verdadero proceso de desintegración, el cual debía traer a la larga la propiedad individual de la tierra. Las tierras arables se dividían y sorteaban anualmente entre las familias, que debían aportar luego su cosecha al acervo común. A esta primera etapa sucede una segunda, durante la cual se constituye la familia agnaticia, alejándose los períodos de sorteo, y pasándose de él a la propiedad familiar de la tierra, dividida en lotes. Aun no existe el testamento; la tierra, la casa y los accesorios se conservan en la familia, dando nacimiento a la primogenitura y la troncalidad. Por último, la propiedad de la tierra, naciendo la testamentifacción, se hace individual; mas no sin conservar resabios de la antigua primogenitura y troncalidad, especialmente en las tierras que más tarde se llamarán vinculadas, esto es, propias del tronco de la familia, siendo de ahí inalienables por los individuos que las posean en una limitada propiedad [2].

Puede decirse que la propiedad de la tierra ha seguido en España ese esquema de evolución. « El carácter colectivo de la propiedad, aun en las tierras laborables, se encuentra, como era de suponer, entre los iberos y celtas de la España antigua; y, aunque en casi toda la península se llegara hace siglos al término de la transformación que ha concluído en el dominio individual del suelo, quedan vestigios todavía de la manera como fué verificán-

1. PÉREZ PUJOL, *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*, tomo I, pág. 34.

2. *Ibid.*, tomo I, págs. 34-39.

dose la mudanza. En algunas comarcas cristalizó, por decirlo así, y subsiste aún la propiedad en uno de los estados primitivos de su evolución; en otras, en un modo de ser más avanzado; y, reunidos y cotejados estos arcaísmos excepcionales, ofrecen fundamentalmente la contraprueba de la serie de gradaciones que ha sufrido la propiedad del territorio [1].»

En las escasísimas noticias que tenemos acerca de la propiedad entre los pobladores prehistóricos de España, una de las más interesantes se refiere á los Vacceos [2]. «Entre los Vacceos se distribuían anualmente las tierras laborables enclavadas dentro del respectivo territorio, cuyo dominio eminente pertenecía por tanto al Estado, para que cada cual cultivase la parte que le correspondiera. Terminada la recolección se formaba una masa común de todo lo recogido y se repartía entre los miembros de la tribu. Estaba prohibido, bajo pena de la vida, ocultar algo de la cosecha, para que no ingresara en el acervo común. Sobre las reglas a que se acomodaba la distribución de campos para el cultivo, entre los Vacceos, carecemos en absoluto de noticias. No sería quizá muy aventurado suponer que se llevaba a cabo en el modo y forma acostumbrado entre los germanos del tiempo de César [3].» En tal caso

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 39.

2. DIODORO SÍCULO V. 35, 3. Citado por HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 78. Hinojosa observa ahí que era análoga a la de los Vacceos la organización y aprovechamiento de la propiedad territorial en las Galias, según ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Recherches sur l'origine de la propriété foncière et de noms de lieux en France*, en la *Revue Celtique*, París, 1887, vol. VIII, pág. 99.

El pasaje de Diodoro Sículo ha sido ingeniosa y diversamente interpretado por Masdeu y por Arbois de Jubainville. MASDEU, *Historia crítica de España y la Cultura española*, Madrid, 1875, tomo III, pág. 154. ARBOIS DE JUBAINVILLE, *Les Celtes en Espagne*, en la *Revue Celtique*, París, 1843, vol. XIV, pág. 376. Costa refuta terminantemente esas interpretaciones, entendiéndolo, como Hinojosa, en su sentido literal. COSTA, *Colectivismo agrario en Epaña*, págs. 419-421.

3. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 79.

se asignaría a cada gentilidad o familia un lote determinado, de acuerdo con los medios de que disponía para el cultivo : las labores agrícolas las ejecutaría en común la colectividad familiar o gentilicia [1]. « Ignoramos, por lo demás, si la diversa condición de las personas influiría de algún modo en la cuantía de los lotes asignados » [2].

« En cuanto á los celtas de España, es de presumir que partiendo, como los de Irlanda, del régimen común, fueron llegando, por un procedimiento análogo al de éstos, al de la propiedad privada. Así debió acontecer a la vez entre los iberos, pues el pasaje de Diodoro da a entender el decaimiento de la propiedad colectiva en las tierras laborables, ya que para sostenerla era preciso acudir a garantizarla con la pena de muerte [3]. »

No existen noticias concretas sobre el testamento entre los antiguos iberos. Siguiendo las leyes generales de la evolución histórica, puede conjeturarse que nació del quebrantamiento de la comunidad doméstica ó familiar. Ahí se originaron, necesariamente, también la primogenitura y la troncalidad. En todo caso, esas instituciones debieron de aparecer un tanto tardíamente en España [4].

1. César, *De bello gallico,* VI, 22. Citado por Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, pág. 79.

2. Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, págs. 78-79.

3. Pérez Pujol *op. cit.,* tomo I, págs. 40. A continuación expone Pérez Pujol una serie de curiosas supervivencias históricas, persistentes hasta nuestros tiempos, las cuales demuestran la existencia de la antigua propiedad colectiva de la tierra en España. Pérez Pujol, *op. cit.* tomo I. págs. 40-45.

4. *Ibid.*, tomo I, págs. 43-44.

§ 11

LA FAMILIA

ESTRABÓN, *op. cit.*, libro III. TITO LIVIO, *op. cit.* DIODORO SÍCULO, *op. cit.* CÉSAR, *op. cit.* J. COSTA, *Poesía popular española y Mitología y Literatura celto-hispanas*, págs. 219-232. G. TAMASSIA, *L'affratellamento*, Turín, 1886. E. DE HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 73-77 ; *La fraternidad artificial en España*, Madrid, 1905. E. PÉREZ PUJOL *op. cit.*, tomo I, págs, 16-34.

Si es engorroso y no siempre posible descomponer las primitivas instituciones españolas, adjudicando una parte a los iberos y otra a los celtas, resulta viable el estudio de las instituciones peninsulares considerándolas en conjunto. Existían ya en la época de la conquista romana. Persistieron durante la dominación, aunque transformándose con el contacto de una cultura nueva y más poderosa. Muchas perduraron y dejaron resabios hasta la época de la Reconquista. Por último, aun se hallan sus supervivencias en las costumbres regionales y en la literatura popular.

En la organización social de los celtohispanos, hacia los tiempos de la conquista romana, distínguense netamente tres entidades : la familia, la gentilidad y la tribu. Aun podría agregarse una cuarta : la confederación de tribus ó nación. Así, « las inscripciones pertenecientes a familias antiguas parecen asignar a cada individuo cuatro notas diferenciales : 1ª un *praenomen* o nombre individual ; 2ª un nombre patronímico, que es el *praenomen* del padre, como en Grecia, en equivalencia del *cognomen* hereditario con que en Italia se distinguía a las varias familias que componían una *gens ;* 3ª un nombre gentilicio, *nomen,* que es el apelativo propio de la gentilidad o behetría a que pertenece ; 4ª el nombre de la tribu [1]. » En cuanto a la confederación de tribus, constituída ge-

1. COSTA, *Poesía popular española, y Mitología y Literatura celto-hispanas*, pág. 224. Observa Costa que « no siempre siguieron este orden en la península, como tampoco los griegos ni latinos. A veces el nombre gentilicio precede al patronímico, y aun al individual. Otras veces falta el nombre patro-

neralmente de un modo como ocasional y transitorio, jamás se consignaba en los epígrafes.

Habría que añadir la existencia de grupos o asociaciones de guerreros unidos, más que por vínculos de sangre, por la « fraternidad de las armas ». Es éste el famoso agermanamiento o fraternidad artificial de los pueblos germánicos [1], institución de que nos habla César [2]. Parece que ella existió entre los celtas españoñoles [3]. Su origen es así remotísimo, sin duda anterior a la época en que la organización gentilicia adquiere caracteres firmes y estables. Debió, desde luego, dejar rastros y supervivencias y servir de antecedente a la organización militar de las gentilidades.

El matriarcado. — Hanse hallado en la España antigua notables vestigios de instituciones matriarcales anteriores al patriarcado. Estrabón da noticia de la existencia de la familia uterina entre los pueblos iberos. « Otras costumbres tienen, dice, que, aunque no llevan consigo crueldad o fiereza alguna, presentan la idea de cierta falta de civilización y de cultura. Tal es en los Cántabros el contraer matrimonio los hombres dotando a las mujeres, sin que ellas lleven cosa alguna. Las hijas son allí las herederas de todo, de manera que ellas son las que se encargan de la colocación de sus hermanos, resultando de aquí una especie de *ginecocracia,* que no es cosa bien pensada en política [4]. » « La herencia deferida á las

nómico. La designación de la tribu está omitida casi siempre ; alguna vez, por el contrario, antecede a la de la gentilidad o clan. En ocasiones, las inscripciones consignan solamente el nombre personal y el gentilicio. Son muy frecuentes las incripciones en que sólo figura el nombre individual y el patronímico ; es de presumir que éstas aludan a familias plebeyas, pues también se cumplía en España el apotegma : *plebs gentem non habet.* » COSTA, *op. cit.*, pág. 224.

1. Véase G. TAMASSIA, *L'affratellamento,* Turín, 1886.

2. *De bello gallico,* III, 22.

3. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 68. Véase *La Fraternidad artificial en España,* Madrid, 1905.

4. ESTRABÓN, III, 4, 18. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 76. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, pág. 19.

hijas, comenta Pérez Pujol, el poder concedido a las hermanas en la familia para la colocación de los hermanos, suponen instituciones semejantes a las del matriarcado, que en el orden político llevaba a la ginecocracia, según la palabra de Estrabón, al gobierno de las mujeres, de las mujeres, de las *matres,* como el gobierno de los *patres* reunidos aparece después en el patriarcado. Sin embargo esas instituciones cognaticias no excluían el poder del padre de familia : el Cántabro, dice Estrabón, dotaba a su mujer, es decir, el matrimonio se verificaba por compra, y, por tanto, la mujer pertenecía al marido como cosa comprada, aunque en el parentesco se tomara en cuenta la línea femenina y en la vida pública tuvieran cierta influencia las mujeres [1]. » En otro lugar hemos traducido e interpretado ese pasaje de Estrabón, presumiendo que el matriarcado cántabro era un régimen más bien familiar, « y no precisamente político » [2].

De la consideración que merecía la mujer a los antiguos celtoiberos hay varios testimonios. Según Plutarco, Aníbal, en su atrevida marcha a Italia, confió a las mujeres de los celtas aliados el poder de fallar, como si fueran árbitros, las reclamaciones que las cartaginesas tuvieran que hacer a sus maridos, reservando a sus generales la decisión de lo que hicieran los celtas [3]. En las inscripciones latinas de España hay una dedicada a las *Matres Gallaicis,* y otras en las cuales se ven indicios de parentesco uterino [4]. « Un resto degenerado de la preferencia de las mujeres en el derecho hereditario queda en algunas costumbres locales. En el Alto Aragón, la primogenitura, supervivencia del antiguo patriarcado, ofrece la singularidad de entregar la herencia y el gobierno de la

1. Pérez Pujol, *op. cit.,* tomo I, págs 19-20.

2. Libro I, § 9.

3. Plutarco, *De mulierum virtutibus, Liber celticae,* en las obras tituladas *Moralia,* Basilea, 1572, tomo I, pág. 518. Citado por Pérez Pujol, *op. cit.,* tomo I, pág. 20.

4. Véase Pérez Pujol, *op. cit.,* tomo I págs. 20-21.

casa paterna al primogénito, sea varón o hembra, contradiciendo en cuanto a ésta las genuinas tradiciones patriarcales [1]. »

Existieron también costumbres que generalmente se consideran como medios de transición entre el matriarcado y el patriarcado. Ante todo, la *couvada*, el parto fingido, que Estrabón observó entre los Cántabros. Sus mujeres, así como las de los celtas y de otros pueblos, trabajaban la tierra, y, apenas habian dado a luz un hijo, « cedían el lecho a sus maridos y los servían » [2]. La edad media conservó en España « la tradición del parto fingido aplicado a la adopción : la madre adoptiva metía y sacaba por debajo de las faldas al adoptado, como dice el romance que se verificó con Mudarra ; y de aquí proviene el refrán castellano « entrártese ha por el halda y salirte por el cabezón ». Aun se practica la *couvada* en los Pirineos [3].

« Del hetairismo previo al matrimonio, transición de la promiscuidad a la monogamia, ofrecían ejemplo los antiguos baleáricos, según Diodoro de Sicilia. En el banquete nupcial la novia se entregaba á cada uno de los deudos y amigos convidados, llegando después de todos al marido ; y no se tenía esta transitoria prostitución como signo de bajeza en la mujer, porque, según el mismo Diodoro, compraban a los piratas una mujer por tres o cuatro esclavos [4]. »

El patriarcado. — No obstante esos irrefragables indicios de instituciones matriarcales anteriores al patriarcado, la familia de los celtoiberos, ya a los comienzos de la conquista romana, era del

1. COSTA, *Derecho consuetudinario del Alto Aragón*, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1879, vol. 54, pág. 273. Citado por PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, pág. 21.

2. ESTRABÓN, III, 4, 17.

3. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 21-22. Sobre la actualidad de la *couvada* en el Pirineo y de algo parecido en el Yoshire, cita a WENTWORTH-WEBSTER, en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, 1886, tomo X, pág. 53.

4. DIODORO SÍCULO, *Bibliotecae Historicae*, V, 17 y 18. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, pág. 22.

tipo patriarcal, cimentándose en el culto de los antepasados. Cada familia tenía, consagrado a sus espíritus, héroes, manes o lares, un túmulo o mamoa, que era el panteón o reducido Olimpo de ese culto. Allí habitaban esas pequeñas deidades tutelares de la familia, protegiendo a los descendientes y cognados que aun sostenían las batallas de la vida. « Recibían las oblaciones y ofrendas de pan, vino, manteca o frutos que los suyos les consagraban en el fuego del hogar y en las antas o dólmenes erigidos en los caminos y en los términos de las heredades. Presidían el matrimonio de los miembros de la familia y los acogían en su seno cuando venía a quebrarse el hilo de la vida. Encima del sepulcro se erguía la estátua de piedra de tal héroe, con idéntica representación a la de las imágenes de los antepasados que decoraban el *atrium* de la casa romana. El padre era el sacerdote de este culto doméstico, como el patriarca de la gentilidad lo era del culto nacional [1]. » De notarse es que el culto de los antepasados, tanto en la India, en Grecia, en Roma, como en los celtas, y en general en todos los pueblos bien o mal llamados arios, si no excluye siempre a los antepasados mujeres, refiérese principalmente a los varones ; constituye así una consagración religiosa de la autoridad paterna y la filiación agnaticia. Verdad que en España se rendía culto tambien a la madre común [2] ; pero ello parece que, en todo caso, era más o menos secundario y tal vez ocasional.

En los pueblos indígenas se conectaba íntimamente el culto de los antepasados con el del fuego. « En la pira, el fuego espiritualiza los cadáveres, abre a las almas el camino de la vida inmortal, mientras giran en torno de la hoguera los deudos y amigos del difunto, invocando a los lares, conjurando a los malos espíritus o lemures y cantando las alabanzas del difunto. En el hogar, el fuego hace invisibles y lleva a los manes de los antepasados, que habitan los sepulcros, la piadosa oblación con que pagan los vivos

1. Costa, *op. cit.*, págs. 228-229.
2. *Ibib.*, pág. 255.

la más sagrada deuda, y es el conducto por donde llegan hasta ellos sus plegarias. La familia debía mantener constantemente viva la llama del hogar, en la cual palpitaba el espíritu de la divinidad, *agni,* y cuyo calor animaba las pías cenizas de los muertos y retenía sus almas en aquella mamoa, que era como obligado accesorio de la casa [1]. »

Dado el desarrollo a que llegaron en general la técnica y la cultura de los más adelantados pueblos de la España prerromana, prudente es suponer que la familia había alcanzado una organización relativamente firme, una organización más o menos patriarcal. « De las noticias que incidentalmente nos dan los escritores griegos y latinos, especialmente al tratar de las mujeres de los caudillos españoles, puede inferirse que en algunos pueblos ibéricos reinaba la monogamia [2]. » Parece que el casamiento se verificaba con una ceremonia de singular boato y publicidad.

Séneca trae noticia de una interesante institución del derecho de familia peculiar de Córdoba. « Nuestros cordobeses, dice, tuvieron en tanta estima las nupcias, que privaban del derecho de herencia a los que se unían sin celebrarlas, y, aun después de pactadas, no consentían en que los contrayentes se dieran el ósculo sino luego de sacrificar y de cantar himnos en honor de Ceres. Si alguno contravenía a este precepto y besaba a la novia sin que estuvieran presentes al acto ocho parientes o vecinos, aunque tenía derecho a llevársela, podía ser castigado privando el padre a la hija de la tercera parte de los bienes [3]. »

El pasaje transcripto « parece hacer referencia a la necesidad de esponsales legalmente contraídos, y que lo que castiga es el prescindir de las indicadas solemnidades, sin las cuales el matri-

1. *Ibid.,* págs. 230-231.

2. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, pág. 74. Cita a DIODORO, XXXIII, 9; LIVIO, XXVI, 49, y XXVII, 17.

3. SÉNECA, *Fragmentum ex libro de matrimonio,* edición Hasse, tomo III, pág. 434. Citado por HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, págs. 74-75.

monio no se consideraba perfecto, y cuya omisión daba derecho al padre de la desposada para privar a ésta de la tercera parte de la herencia. El ósculo dado a la esposa expresaba en este caso el propósito de tomarla por mujer, y era suficiente, según el derecho de gentes, para que tuviera efecto el matrimonio iniciado ya por los esponsales [1]. » Todo eso significa, a nuestro entender, que en aquella organización familiar existían la autoridad paterna claramente definida y el derecho hereditario de los hijos, varones y mujeres. Corresponde ello, puesto que había herencia, resultante de una técnica ya adelantada, que permitía al *pater familias* la capitalización de los productos de la industria. Lo cual implica, según las circunstancias de la época, la existencia de industrias por la producción familiar y un concepto firme del derecho de la propiedad privada. Cada *pater familias* era dueño de lo que se produjera bajo su dirección, en su casa y familia, y lo transmitía en herencia a sus hijos. Probablemente se había ya instituído la propiedad privada de la tierra cultivable y aun de la de pastoreo.

Las ideas expuestas y datos generales acerca de la organización de la familia en los primitivos habitantes de España coinciden con lo que hemos dicho (libro I, capítulos I, II y III), sobre la que existía en los antiguos pueblos indígenas del Río de la Plata. En el estadio superior del salvajismo probablemente la filiación era uterina y la familia matriarcal. En el estadio inferior de la barbarie, la familia incipientemente patriarcal, lo cual implica el comienzo de la filiación agnaticia y de la autoridad del *pater familias*; pero ahí se notan aún resabios y supervivencias del viejo matriarcado. Por fin, hacia el estado superior de la barbarie, disminuyen esos resabios y supervivencias y se robustecen la autoridad y la herencia paternas; la familia se organiza en un régimen semejante al del antiguo derecho romano.

1. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 75.

§ 12

LA GENTILIDAD

J. COSTA, *Poesía popular española y Mitología y Literatura celto-hispanas*, págs. 232-247. E. DE HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 70-73. E. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 33-45.

La gentilidad o *cum* era el círculo social superior a la familia, semejante al clan de los escoceses, a la primitiva *gens* de los latinos, al λένος de los griegos, al *mir* de los eslavos. Constituía « la reunión de todas las familias colaterales, procedentes de un mismo ascendiente y agrupadas alrededor de un jefe común » [1]. Poseía un *totem* o blasón para distinguirse, emblema que parece era la imagen del objeto natural que le prestaba el nombre, generalmente un animal [2]. Como la familia, « la gentilidad tenía por lares a sus fundadores, es decir, a los ascendientes comunes de todos los gentiles. Se reputaban superiores a los lares domésticos, lo mismo que en Roma los *dii gentiles*, y eran propiedad exclusiva del respectivo clan [3]. Entre esos lares del clan habían uno principal, el héroe y ascendiente común que lo fundara. Cada gentilidad ocupaba una villa o behetría, colectivamente llamada *vest-cum* (villa del clan). Individualmente recibía el nombre de la gentilidad que la habitaba, y, por tanto, el del lar gentilicio venerado en ella [4]. A veces, las behetrías, pobladas por un solo linaje, eran muy limitadas [5].

La gentilidad tenía un jefe. Este jefe gobernaba asistido de una asamblea de padres de familia, primer embrión del Concejo, en el

1. COSTA, *op. cit.*, págs. 232-234.
2. *Ibid.*, págs. 236-237.
3. *Ibid.*, pág. 238.
4. *Ibid.*, pág. 242.
5. *Ibid.*, pág. 244.

derecho público, y, en el privado, del Consejo de familia, que todavía halló acogida en los códigos peninsulares de la edad media, y que en Aragón se ha perpetuado hasta nuestros días, conservando algunos de sus rasgos primitivos [1]. « Es casi seguro que la magistratura patriarcal del jefe de la gentilidad se transmitía hereditariamente, con o sin limitaciones, y que conservaron viva casi de todo en todo su memoria por largos siglos las behetrías de linaje, sin excluir sus disenciones *pro sceptro*, remitidas alguna vez a la decisión de la asamblea del clan [2]. »

Las behetrías no nacían de la vida urbana, antes bien de la rural propia de aquellas poblaciones pastoriles y agrícolas. Su fin práctico era formar un vigoroso núcleo, defensivo contra el ataque del extraño, por las familias que lo componían, hallándose entre sí doblemente vinculadas : por el parentesco de sangre y por la tierra que cultivaban en común. Las behetrías no presentaban, pues, el aspecto de una ciudad, con sus casas adyacentes y sus calles más o menos regulares. « Hay más bien que buscarles su semejante en los lugares de señorío de la edad media, que recogieron la tradición y tal vez la extremaron. Un recinto fortificado *(castro)*, circular o elíptico, con silos y algibes, situado en un altozano o tozal, o bien sobre una *croa* o corona hecha artificialmente de tierra, a la entrada de un valle o en otro lugar estratégico, constituía el *centro* de la behetría. Allí estaba el santuario consagrado a los lares de la gentilidad, y el pritaneo donde ardía el fuego sagrado, servido tal vez por la vestal ; allí se reunía la asamblea de los padres de familia y tenía su vivienda el jefe de clan [3]. »

La gentilidad constituía una institución mixta, de derecho privado y público. Pertenecía al derecho público por su organización en cierto modo política, como un municipio ; al derecho privado, por cuanto el vínculo gentilicio era de parentesco, teniendo sus

1. *Ibid.*, pág. 242.
2. *Ibid.*, págs. 242-243.
3. *Ibid.*, pág. 242.

efectos en el régimen de la dote y la herencia. La dote era reversible al tronco, de donde nació el *fuero de troncalidad* [1]. Este principio fué más tarde adoptado en la legislación de la época visigótica [2]. Los bienes que no constituían el solar vinculado eran transmisibles, pero únicamente entre parientes. De ahí se engendró el *retracto gentilicio* [3].

Naciendo, en parte, del régimen económico de la familia, y, en parte, de la necesidad de organizarse política y militarmente la familia para la conservación y defensa común, la gentilidad tomó tan hondo arraigo, que constituía la más firme de las agrupaciones sociales. No la abolieron los romanos, ni lo hubieran podido. Mantúvose durante toda la época visigótica. Entonces cambió su nombre de gentilidad por el de *familia,* pues aquel, habiéndose usado en acepción de paganismo, se había hecho por fuerza sospechoso y antipático [4].

La organización gentilicia comportaba la existencia de una verdadera aristocracia de sangre. Los escritores clásicos designan a los nobles con los nombres de *principes, nobles, maximi natus* y *primores* [5]. Este régimen aristocrático se completa más tarde, sobre todo durante la dominación romana, con la esclavitud [6] y también con la clientela [7]. Constituía la clientela una relación de dependencia en que se colocaban ciertas personas desvalidas y desamparadas, respecto al jefe del grupo gentilicio, o bien de un *pater familias,* erigido en patrono. Se obligaban a servirle con adhesión ilimitada, asimilándose al grupo ; en cambio, recibían

1. *Ibid.*, pág. 246.

2. *Liber Iudiciorum*, IV, II, 6 ; *Fuero Viejo de Castilla,* V, II, I : *Fuero Real,* III, VI, 10. Citados por Costa, *op. cit.*, pág. 246.

3. *Ibid.*, pág. 246.

4. *Ibid.*, págs. 234-235.

5. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 66.

6. *Ibid.*, tomo I, pág. 66.

7. *Ibid.*, tomo I, pág. 67.

protección. Los débiles y pobres se ponían así al amparo de los ricos y poderosos. Hacíase esto indispensable en una época y organización social donde el individuo aislado y sin bienes carecía de poderes eficaces para hacer valer sus naturales derechos y luchar por la vida.

§ 13

LA TRIBU

J. COSTA, *Poesía popular española y Mitología y Literatura celto-hispanas*, págs. 247-263. E. DE HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 83-87. E. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 45-62.

La tribu era el círculo social inmediatamente superior al clan, y algo así como un agregado orgánico de clanes o gentilidades [1]. Se regía por jefes, llamados por los escritores clásicos *regulos* y *duces*. Unas veces el cargo era hereditario ; otras electivo, dentro de determinadas familias patricias. El sistema no estaba suficientemente definido, lo cual originaba contiendas, en ocasiones resueltas por medio del duelo singular [2]. El jefe o rey de la tribu tenía su pequeña corte. Como la entidad social no carecía de su culto y religión, él era el pontífice y presidía probablemente un colegio de sacerdotes [3]. « La tribu no era un orden puramente político, sino social; abarcaba toda la vida; tenía también carácter religioso. El rey era su sacerdote, sacrificador, profeta, presidente del sagrado banquete. Su dios, el dios común a todos los clanes de la tribu y a todas las tribus de la federación (cuando se llegaba a constituirla), era un dios sin nombre; a diferencia de los dioses locales, denominábase Dios, *Yun* o *Yunovis,* el dios sobre toda particularidad, el padre común de todos los clanes gentilicios, el

1. COSTA, *op. cit.*, pág. 247.
2. *Ibid.*, pág. 222.
3. *Ibid.*, pág. 250.

Eterno, el Supremo, el Optimo, el Máximo [1].» El *Yun* era el padre de los dioses lares, y, al mismo tiempo, el ascendiente del rey de la tribu, al menos cuando era este cargo hereditario. Cada régulo, sucesor en bienes directo del dios de la tribu, se decía descendiente del mismo Zeus [2]. Tan natural ha sido siempre en toda monarquía hereditaria la deificación del príncipe, o siquiera el asignar a su estirpe un origen divino.

Así como cada gentilidad poseía su behetría o su castro, cada tribu tuvo su capital o castro fuerte. Era éste una especie de castillo feudal, estratégicamente situado en el punto más favorable, y capaz para recibir hasta 10.000 hombres. Tenía silos y aljibes, y lo circundaba un sistema de fortificaciones, consistente en uno, dos o cuatro recintos con pozos abiertos en la roca, parapetos de tierra, algunas rocas robustecidas con muros de mampostería en seco, y una ciudadela en el centro o en alguno de los lados [3].

La tribu tenía su asamblea o senado, según se rigiese monárquica o republicanamente, siendo más frecuente lo primero. La asamblea se congregaba bajo el abedul sagrado, o en el drunemeton, en el castro, cabeza de la gente [4]. Entraban a componerla los que César apellida *equites* y también *principes,* o sea los patricios y jefes de los clanes [5]. Deliberaba sobre asuntos de interés común, por ejemplo, la policía de los caminos [6].

1. *Ibid.,* pág. 254.
2. *Ibid.,* págs. 255-256.
3. *Ibid.,* pág. 248.
4. *In foro.* Livio, XXXV, 7.
5. *Ibid.,* XXVII, 19.
6. Costa, *op. cit.,* págs. 253-254.

§ 14

LA FEDERACIÓN DE TRIBUS

CÉSAR, *op. cit.* TITO LIVIO, *op. cit.* J. COSTA, *Poesía popular española y Mitología y Literatura celto-hispanas,* págs. 252-263. E. DE HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, págs. 83-85. E. PÉREZ PUJOL, *op. cit.,* tomo I, págs. 62-64.

«El aislamiento en que vivían las diversas tribus españolas no impedía que, por razón de los intereses comunes que unen siempre a las colectividades políticas que coexisten en un mismo territorio, mantuviesen estos pueblos entre sí ciertas relaciones. Así, las raras veces en que la idea de una solidaridad y un peligro común lograba sobreponerse a esa tendencia al cantonalismo y la disgregación que en todas las épocas de la historia ha sido característica de nuestra raza, vemos formarse confederaciones o alianzas, no permanentes sino transitorias, entre pueblos unidos por la comunidad de origen o de intereses [1].» Tal sucedió cuando el alzamiento de los Ólcades, Carpetanos y Oretanos contra los cartagineses, el de los Celtíberos e Indigetes contra Escipión, y el de los Arévacos, Belos y Titos en tiempo de Viriato. Siendo la tribu una agrupación relativamente pequeña para resistir a enemigos poderosos, formábanse más o menos transitoriamente, por las necesidades de alguna guerra común, las confederaciones de tribus. Más de una vez se obligó por la fuerza a entrar en alguna de ellas a tribu que pretendiese permanecer neutral o aliarse al enemigo [2].

Necesaria consecuencia de esas federaciones fué la creación de instituciones especiales, como la Asamblea federal, y un rey de reyes, el jefe común, con amplio si no omnímodo poder [3]. La Asamblea se componía de los representantes o diputados de las tribus

1. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, págs. 83-84.
2. COSTA, *op. cit.,* pág. 252.
3. *Ibid.,* pág. 252.

coaligadas. En ella se elegía el jefe común, quien la presidía. La Asamblea « entendía en lo relativo a política exterior, alianzas, declaraciones de guerra, tratados de paz y demás. De allí salían aquellos decretos que llevaban el terror a la metrópoli del mundo; allí tenía su raíz aquella fuerza incontrastable que hizo dudar cuál podía más, si Roma o España, y cuál de los dos pueblos acabaría por obedecer al otro; allí encontraba su expresión más viva aquel valor indomable que fué causa de que, habiendo sido España la primera de las provincias del continente donde sentaran su planta los romanos, fuese también la última en someterse, y que sólo pudo ser contrarrestado por el crimen, por la traición y por el dolo. En las ocasiones solemnes, en los momentos más críticos de la vida de la nación, la muchedumbre aguardaba impaciente los acuerdos de la Asamblea, imponíale con sus rumores, y, tal vez, si desoía las inspiraciones de la opinión, hacíala víctima de su furor, cual se vió en Vellica, un siglo antes de Cristo, que los diputados cántabros fueron quemados vivos en el lugar donde el Senado celebraba sus sesiones, por no haber declarado la guerra a Roma » [1].

Además de esas federaciones guerreras, parece que existieron otras de carácter pacífico, aunque acaso tuvieran el mismo origen. De ellas nos dan noticia los monumentos numismáticos. « La presencia simultánea de varias leyendas geográficas o étnicas es un hecho asaz frecuente en los monumentos numismáticos de la antigua Iberia, y demuestra haber sido un hecho muy usual entre las innumerables tribus que la poblaban el formar alianzas entre sí, ya para el tráfico, ya para la guerra, dada la falta de unidad política y de gobierno común que el carácter independiente e inquieto de aquella gente por instinto rechazaba [2]. »

No obstante las federaciones de tribus, oportuno es advertir

1. *Ibid.*, págs. 253-254.

2. ZOBEL DE ZANGRONIZ, *Estudio histórico de la antigua moneda española*, tomo II, pág. 54. Citado por HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 85.

que el concepto de nación no existía aun en España. Oponíanse a ello el genio de la raza, incorregiblemente cantonalista, así como el estado de la cultura. La alianza política, impuesta por la necesidad, resultaba, aunque aparentemente orgánica, muy poco duradera. Persistían siempre fundamentales diferencias de origen y composición étnica, así como de idioma; más que una civilización coexistían muchas de diferentes grados y en cierto modo antagónicas. Contribuía a ese estado de cosas la geografía de una península tan vasta y diversa en sus climas, aspectos y productos. Esas naturales divisiones de la España primitiva hicieron factible la conquista romana. La dominación no pudo destruirlas; manteniéndose más o menos latentes, para renacer más tarde, han demostrado que el particularismo político es uno de los caracteres más persistentes de la raza. No sólo ha perdurado en España hasta los presentes tiempos, sino también en sus antiguas colonias, después de la independencia.

§ 15

ESTADO GENERAL DEL DERECHO

CÉSAR, *op. cit.* ESTRABÓN, *op. cit.* TITO LIVIO, *op. cit.* VARRÓN, *Rerum rusticarum, Rec. Henric. Keil,* Teubner, Leipzig, 1884. J. COSTA, *Estudios ibéricos,* págs. I-LXIII; *Poesía popular española y Mitología y Literatura celto-hispanas,* 256-257. E. DE HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 58-87. E. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 24-64.

Corresponde al estado cultural de los celtoiberos un derecho todavía puramente consuetudinario, no escrito, no legislado. Este derecho, claro es, debía establecer sanciones contra la violación de las normas que regían la propiedad, la familia, la gentilidad, la tribu, la guerra. Aparte de la nulidad o no existencia jurídica de los actos que las violaran, o sea de la natural sanción de derecho civil, aplicaríanse penas severas contra esas violaciones máximas que en nuestros tiempos constituyen los delitos.

Derecho penal y procesal. — « Acerca de las instituciones penales no sabemos sino que los Lusitanos acostumbraban a despeñar los criminales condenados a muerte, y que la pena del parricida era ser apedreado allende la más lejana frontera del territorio [1]. »

« El duelo o combate singular, como medio de terminar las contiendas judiciales, institución muy difundida aun en la actualidad entre los pueblos que alcanzan escaso grado de cultura, no era tampoco desconocido de los españoles primitivos [2]. No parece, por otra parte, haber sido ésta la forma ordinaria del procedimiento, sino meramente supletoria, dependiendo del arbitrio de las partes contendientes el preferir el azar de la lucha individual al fallo de los tribunales familiares o civiles [3]. »

Derecho de gentes. — En el estadio superior del salvajismo, así como en el inferior y aun en el superior de la barbarie, el aislamiento es la regla general en la vida de los pueblos. No mantienen entre sí continuadas relaciones pacíficas, viviendo los grupos y tribus como en perpetuo estado de desconfianza y hostilidad, si no de guerra. Sin embargo, se notan ya, en los pueblos celtoiberos, tres instituciones que pueden considerarse de derecho de gentes : la confederación de tribus, la inviolabilidad de los legados y el contrato de hospitalidad.

La confederación de tribus, expuesta en el parágrafo anterior, constituía una verdadera institución de derecho de gentes, dada la completa carencia de un sentimiento de nacionalidad común en las agrupaciones coaligadas. Más atañe a lo que ahora llamaríamos la política internacional o externa que a la civil o interna. Las tribus que la formaban no perdían por ello su entidad, pudiendo romperse la unión en cualquier momento, generalmente conforme desaparecía

1. César, *De bello gallico,* VI, 22. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 79.
2. Livio, XVIII, 21. Citado por Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 75.
3. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 79-80.

el motivo ocasional de la defensa contra la agresión extraña. « La inviolabilidad de los legados era principio reconocido por los pueblos ibéricos. Los legados o embajadores figuran casi siempre como representantes del pueblo a que pertenecían, sólo rara vez como representantes del jefe del Estado. Su elección debió hacerse, bien por este último, bien por el Senado, según que predominaba en el Estado respectivo la forma republicana o monárquica [1]. »

Considerándose al extraño natural enemigo, la hospitalidad venía a constituir, jurídicamente considerada, un contrato consensual, con derechos y obligaciones recíprocas para las partes. Regía no sólo durante la vida de los contratantes, sino que se extendía también a sus hijos y descendientes. Supónese que no se formalizaría por la simple voluntad de las partes, debiendo consentirlo la Asamblea de la tribu o un magistrado del municipio facultado al efecto [2].

« Por virtud de ese contrato cada una de las partes o sus representantes tenían derecho a ser alojados y mantenidos cuando se trasladaban al domicilio de la otra, y, a veces, al menos entre los romanos, a un dón o regalo de cierta consideración. Parece asimismo que incluía cierta participación en el culto doméstico o público, según los casos. El contrato de hospitalidad daba también derecho a cada cual de los contratantes para ser protegido y auxiliado por el otro. Si el contrato era entre dos ciudades, incluía el reconocimiento y protección de sus derechos mutuos, así como los de cada uno de sus miembros, los cuales podían hacer valer sus pretensiones en el orden jurídico. Por lo demás, la extensión de los derechos emanados del contrato de hospitalidad y el modo de ejercitarlos dependían de lo estipulado en el contrato respectivo. Consecuencia también del derecho de hospitalidad era que el que tenía un negocio en país extranjero y no podía trasladarse allí

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 84. Cita á Livio, XXI, 14.

2. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 85-86.

personalmente, encomendaba su gestión a una persona ligada con él por el citado vínculo, y que, cuando existía esta relación entre una ciudad y un extranjero, este último hacía el papel de representante de la ciudad en su propia patria. El derecho del huésped a la protección y al auxilio en el orden jurídico engendró los tribunales de hospitalidad y sirvió de base en la antigüedad al derecho internacional privado [1]. En la antigua España aparece el contrato de hospitalidad con rasgos semejantes a los que tenía entre los griegos y romanos como vínculo permanente y recíproco, transmisible a la descendencia de los contratantes, formado por el consentimiento y consignado por escrito [2]. »

Por último, la guerra era, si no una institución, una costumbre secular de las tribus ibéricas. Tenía el carácter de crueldad inherente al escaso grado de cultura de esos pueblos. « Creíanse con derecho de vida y muerte sobre los vencidos, a los cuales ponían en esclavitud. De su crueldad en la guerra da testimonio Estrabón al afirmar que en ciertos casos sacrificaban a los prisioneros, y que frecuentemente les cortaban la mano derecha para presentarla como ofrenda a los ídolos [3]. »

« Rara vez las guerras ibéricas eran desinteresadas o se emprendían con el fin de reparar un orden de derecho perturbado ; lo común en los agresores era proponerse un objetivo económico. La guerra era el medio de satisfacer la gran pasión nacional : el robo. El robar no lo tenían por afrenta, sino, al revés, como hazaña digna de premio y alabanza [4] ; y era en ellos cosa tan ordinaria, que los antiguos explicaban por ello el género de vida que esto les imponía, y el que los iberos sólo combatiesen como peltastes, ar-

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 86. Cita y sigue a Mommsen, *Das römische Gastrech und die römische Clientel*, en sus *Römische Forschungen*, Berlín, 1864, tomo I, págs. 321-354.

2. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 86-87. Cita el *C. I. L.*, tomo II, Nº 2633, y Livio, XXI, 12.

3. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pag. 87.

4. Estrabón, III, 4, 8.

mados siempre a la ligera con honda, dar doy espada [1]. Compara Estrabón a los iberos con los griegos, cuyo presuntuoso orgullo mantenía a los estados fraccionados y sin fuerzas para rechazar las agresiones del exterior ; y dice que, hábiles para sorprender al enemigo, viven los iberos únicamente de correrías y depredaciones, aventurando muchos golpes de mano insignificantes, pero nunca acometiendo empresas de importancia, por no haber sabido acrecentar sus fuerzas y fundar una liga o confederación poderosa [2]. En Galicia, las mujeres se cuidaban de las faenas de la casa y de la labranza, mientras sus maridos vivían consagrados a la práctica del bandolerismo y de la guerra [3]. Ni estaba libre de esta dañada inclinación la Turdetania, no obstante hallarse tan adelantada en civilización, como ponderan el de Amasia y otros escritores, pues el mismo geógrafo declara que el comercio de aquella región con Italia era muy activo desde que se había logrado asegurar la paz extirpando el bandolerismo [4]. Y no debía ser calumniosa esta insinuación, pues encontramos, con efecto, en tiempo de las guerras púnicas, una ciudad, Astapa, cuyos habitantes, no obstante carecer de fortificaciones sólidas y de una posición inexpugnable, por una como propensión natural al robo, caían de continuo sobre las tierras de sus vecinos o sorprendían y asaltaban a los mercaderes que iban de camino, así como a los legionarios sueltos o sus bagajes, y alguna vez hasta los convoyes con sus respectivas escoltas. En el norte, los generales del primer Augusto pudieron acabar con la independencia de los Cántabros, mas no con sus hábitos de bandolerismo, en los cuales sabemos que permanecían todavía en tiempo de Tiberio [5]. » En idéntico caso se encontraban Lusitania y demás territorio del Portugal

1. *Plutarchi vitae, Caius Marius,* ed. Doehner-Didot, VI, 1.
2. *Ibid.*, III, 4, 5.
3. Justino. XLIV, 3. Silio Itálico, III, 352.
4. Livio, XXVIII, 22.
5. Estrabón, III, 4, 8. Costa, *Estudios ibéricos,* págs. xl-xli.

actual, así como Extremadura [1]. En resumen, la guerra pública, confundiéndose con el bandolerismo privado, constituía una costumbre genérica e incorregible de todos los pueblos iberos, hasta pocos años antes de la era cristiana.

1. Costa, *op. cit.*, pág. XLII.

CAPÍTULO II

LAS COLONIAS FENICIAS, GRIEGAS Y CARTAGINESAS

§ 16. La colonización fenicia. — § 17. El derecho en las colonias fenicias. — § 18. La colonización griega. — § 19. El derecho en las colonias griegas. — § 20. La dominación cartaginesa. — § 21. El derecho en las colonias cartaginesas.

§ 16

LA COLONIZACIÓN FENICIA

ESTRABÓN, *op. cit.*, libro III. TITO LIVIO, *op. cit.* PLINIO. *op. cit.* F. A. MÖVERS, *Die Phönizier*, Berlín, 1840 ; *Das Phönizisches Alterthum*, Berlín. 1844-1852. J. KENRICK, *Phoenicia*, Londres, 1855. O. MELTZER, *Geschichte der Karthager*, Berlín, 1879, tomo I. F. LENORMANT, *Histoire ancienne de l'Orient*, 6ª ed., París, 1869. PH. BERGER, *La Phénicie*, París, 1869. E. MEYER, *Geschichte des Alterthums*, Stuttgart, 1884. E. DE HINOJOSA, *Historia general del Derecho español*, Madrid, 1887, tomo I, págs. 88-113. R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Historia de España y de la Civilización española*, Madrid, 1909, tomo I, págs. 76-95. R. PIETSCHMANN, *Historia de los Fenicios*, trad. esp., en la *Historia Universal* de S. Oncken, Barcelona, 1890, tomo II. E. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 85-105.

Desde tiempos remotísimos, la península ibérica fué centro y atracción de una larga serie de migraciones de pueblos y de conquistas militares. Hacíanla codiciable la benignidad de su clima, la riqueza de sus producciones, la limpidez de su cielo. Su posición y configuración geográfica, lejos de facilitar su defensa, la

abrían al mundo exterior. Con su gran extensión de costas sobre el Mediterráneo y el océano Atlántico podía ser prontamente invadida por las potencias marítimas. Los Pirineos abundaban en pasos y valles, acercándola al centro y al Mediodía de Europa. El estrecho de Gibraltar, que antes fuera istmo, pudiéndose transponer en horas, comunicaba como un puente la península con las extendidas regiones de la Libia. Añadíase a todas esas circunstancias la de que sus pobladores, iberos y celtohispanos, de genio y costumbres belicosas, se mantenían divididos en su cantonalismo, siendo hasta entonces incapaces de constituir grandes unidades nacionales que pudieran oponerse eficazmente a la agresión del común enemigo y expulsarlo de su territorio.

Después de las invasiones prehistóricas y antes de la conquista romana, sucesivamente tres pueblos civilizados establecieron factorías y colonias e impusieron su dominación en la parte meridional de la península ibérica : los fenicios, los griegos y los cartagineses. Esas colonizaciones, que tuvieron su natural término en las respectivas decadencias y derrotas de las naciones a que pertenecían, acabaron por desaparecer completamente bajo la dominación romana, sin dejar rastros mayores en las instituciones. La cananea o fenicia, tiria y luego cartaginesa, fué sin duda de mucha mayor importancia que la helénica. Estribó tal importancia en lo técnico, pues que los naturales de esas regiones aprendieron algunas de las artes fenicias, y en lo étnico. Estrabón consigna que « la sujeción de esta parte de la Iberia a los fenicios fué tan completa, que hoy mismo, en la mayoría de las villas de Turdetania y en las campañas circundantes, el fondo de la población es de origen fenicio [1]. »

Los fenicios eran un pueblo cananeo de la familia lingüística semítica, pero étnicamente perteneciente o afín más bien al grupo presemita o libioibero. Desde tiempos inmemoriales estaban establecidos en las costas de Siria. « La historia entera de los fenicios

1. Estrabón, III, 2, 5.

se concentró alrededor de los pueblos de la costa, que constituían la Fenicia propiamente dicha. Su carácter vino a ser determinado por su posición geográfica. Limitados por el Líbano, que no les permitía dilatarse por el interior, los fenicios se extienden por el lado de la mar y se hacen marinos comerciantes. Puede decirse, propiamente hablando, que no tuvieron nunca territorio. Fenicia se componía de una serie de puertos, asiento de pequeñas aristocracias de comerciantes, que se difundían por todas partes. Su poderío consistía en sus barcos. Casi todos los pueblos estaban edificados de un modo uniforme. Se dividían en dos partes : una sobre tierra firme, la otra sobre una isla o promontorio a cuyo abrigo se encontraba el puerto. Otro rasgo del carácter peculiar de esos pueblos, relacionado con los anteriores, es que jamás llegaron a conocer la unidad política tal cual hoy la entendemos. Eran pueblos libres, gobernados por reyezuelos, y que, unidos, formaban una especie de confederación que no excluía las rivalidades entre ellos ; de tal suerte que cada cual tuvo su historia propia, de la misma manera que tuvo sus dioses y sus tradiciones. Desde la más remota antigüedad los vemos agruparse alrededor de tres centros principales, Arados, Biblos y Sidón. Con el transcurso del tiempo la hegemonía pasó a Tiro, que vino a ser la reina de Fenicia [1]. »

Aunque no puede determinarse con precisión la fecha en que vinieron los fenicios a la península ibérica, se sabe que lo fué en época remota, acaso en los últimos tiempos del período neolítico. Ocuparon primeramente la costa sureste del Mediterráneo, la cual abandonaron para pasar a la suroeste, hacia fines del siglo XII. Así como Chipre fué el principal objetivo de las navegaciones de los sidonios en los mares de Oriente, los tirios se dirigieron con preferencia, en los mares de Occidente, al sur de España. Designaron esta parte de la península, correspondiente al actual territorio de Andalucía, con el nombre de *Tarsis,* y, a la península en

1. BERGER, *La Phénicie,* pág. 5. Citado por HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, págs. 88-89.

general, apellidáronla *Span* o *Spania,* que quería decir « oculto », vale decir, país escondido y lejano.

Las expediciones y colonización fenicias tenían por estímulos y principales fines la adquisición de productos en bruto, especialmente mineros, de los países descubiertos, la exportación de sus propias producciones, y sobre todo el comercio de esclavos. No se contentaban los fenicios con dar para ello pasajeros golpes de mano ; fundaban factorías y colonias estables y bien guarnecidas, ya aisladas, ya junto a las poblaciones indígenas. Primeramente elegían los promontorios y puertos naturales, internándose más tarde en el país. Fabricaban allí sus templos, construían amplios almacenes, y acababan por levantar vastas y verdaderas ciudades. Poblábanlas en gran parte con trabajadores mercenarios, frecuentemente de origen helénico. Las más señaladas colonias de la península ibérica se cree que eran : Agadir o Gadir (Cádiz), fundada hacia el siglo XI, emporio del comercio tirio en la península y centro de ulteriores navegaciones en busca de estaño a las Islas Británicas, ciudad importantísima que llega a ser una de las más populosas del Imperio Romano ; Malaka (Málaga), emporio frecuentado por los pueblos númidas de la costa opuesta, y célebre por sus fábricas de salazón ; Sexi (Jate), que debe su nombre a un género muy estimado de salazones ; Abdera (Adra), Melkarteia (Algeciras), Hispalis (Sevilla), Ibiza *(Aibusos),* y otras, como Ituci, Olontigi y Alba, cuya ubicación se ignora. Muchas de esas ciudades, más que nuevas fundaciones de los fenicios, eran poblaciones antiguas a las que ellos dominaron y dieron un nombre en su lengua, traduciéndolo acaso del que ya tenían [1]. De las costas pasaron los fenicios al interior del país, estableciendo una cierta dominación, que preparó el terreno a los cartagineses.

Para conquistar y mantener su dominio sobre sus factorías y colonias se servían los fenicios de distintos medios. Ante todo, en

1. ALTAMIRA, *Historia de España,* tomo I, págs. 76-77. HINOJOSA, *Historia general del Derecho español,* tomo I, págs. 89-91.

los primeros tiempos, procuraban mantener desconocida su fundación, rodeándola de misterio y cerrándola al trato y comercio de otros pueblos. Verificaban deportaciones en masa de los naturales, cuando éstos constituían un peligro. Especialmente los tirios, siendo en ello seguidos después por los cartagineses, trasladaban a las colonias numerosos mercenarios, bien al fundarlas, bien para reforzar después su población. Servían esos extranjeros para la construcción de santuarios, templos, almacenes y demás caserío, así como para la reducción de los indígenas. « A fin de reunir el número necesario se enviaban, pues, nacionales y extranjeros, elegidos los primeros por el gobierno de la metrópoli, probablemente por suerte, de entre la gente joven. Venía luego la plebe, cuya aminoración era uno de los principales fines de las colonias, y, en último término, los extranjeros reunidos por la población o atraídos por ella. A veces este último elemento, aunque secundario o subordinado al principio en el orden político, lograba sobreponerse al elemento puramente fenicio en el gobierno de los colonias, y, ya esta circunstancia, ya el solo hecho de esa superioridad numérica, reflejada en la lengua, en las costumbres y en la cultura general, daba a algunas colonias fenicias el carácter preponderante, cuando no exclusivo, de ciudades helénicas [1]. »

Los fenicios, más que un imperio conquistador, fueron un pueblo esencialmente industrial y mercantil. Desde muy antiguo eran tributarios del Egipto. Cuando decayó esta dominación, hacia el siglo VIII, los atacaron los reyes de Asiria y Caldea, quienes, después de largas guerras, acabaron por apoderarse de Tiro, en el año 573. Fué entonces destruída definitivamente la independencia de las ciudades fenicias, disminuyéndose su influencia en el Mediterráneo. « Como resultado de este cambio político las colonias españolas quedaron nominalmente dependientes de los vencedores y les pagaron tributo ; pero esta dependencia se rompió al poco tiempo, y aquéllas continuaron su vida normal, roto ya

1. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I. págs. 92-93.

todo lazo con la antigua metrópoli, aunque, como parece natural, sufriendo las consecuencias del quebrantamiento que en la gran confederación fenicia del Mediterráneo se había producido [1]. » Tal quebrantamiento se remedió más tarde, merced a la intervención política y comercial de Cartago.

§ 17

EL DERECHO EN LAS COLONIAS FENICIAS

Si bien ha podido estudiarse con cierta prolijidad en las inscripciones de los monumentos la religión politeísta de los fenicios, son escasísimas las noticias que tenemos sobre su derecho público y privado. « No conocemos el derecho fénicepúnico, dice Pérez Pujol ; pero se sabe que regía en Cádiz, puesto que a él hizo una alusión Cicerón en defensa del gaditano Lucio Cornelio Balbo, aunque no refirió ninguna de sus disposiciones [2]. Parece que los fenicios sobresalieron en el derecho mercantil, como era propio de su carácter nacional ; y hay quien cree que las leyes rodias, impuestas por los romanos al comercio mediterráneo como de procedencia griega, fueron en su origen fenicias, puesto que a los fenicios perteneció antes que a los griegos la isla de Rodas [3]. »

La propiedad y la familia. — Sólo se dispone acerca de la propiedad y la organización de la familia, de algunos datos más o menos conjeturales. Existía desde luego la propiedad privada con caracteres bien concretos y definidos, dadas la técnica, las ocupaciones y el estado social de ese pueblo. Su aristocracia debía serlo esencialmente por la riqueza.

En punto a la familia, puede decirse que « los fenicios, como

1. ALTAMIRA, *Historia de España*, tomo I, 79-80.
2. CICERÓN, *Pro Balbo*, XIX.
3 PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, pág. 98

otros muchos pueblos, consideraron que el padre que tenía hijos conservaba su personalidad en la memoria de las gentes. El nieto solía recibir el nombre del abuelo, y se reputaba el tener hijos como un favor de la divinidad, según lo indican los nombres propios, pues Aníbal significa « merced de Baal », Mutumbal « presente de Baal » y Sanconiaton o Sacunyaton « Sacun lo ha dado ». Era permitido el matrimonio entre hermanos; pero, al parecer, sólo se hacía uso de esa libertad cuando existía en la línea femenina un derecho legal hereditario de que carecía la línea masculina [1]. » Ello es, evidentemente, vestigio de un antiguo régimen matriarcal.

Constitución fenicia. — Existían en la constitución social y política de las ciudades fenicias tres elementos fundamentales: las gentes patricias, o sea la aristocracia y nobleza; los plebeyos o clase media, compuesta de industriales y comerciantes, y la plebe o proletariado. De los individuos de la aristocracia, formada principalmente por su mayor riqueza, se reclutaba el Senado. También había una Asamblea popular constituída por individuos de las dos últimas clases. « Carecemos de datos precisos y exactos acerca de la composición de estas asambleas y la esfera de atribuciones o competencia especial de cada una de ellas, así como sobre sus mutuas relaciones; pero es indudable que, fuera de algunos períodos de escasa duración en que el elemento popular logró sobreponerse al aristocrático, este último fué el preponderante en el gobierno de las ciudades fenicias [2]. »

Tiro se rigió en un principio por dos magistrados elegidos anualmente, llamados *suffetes,* forma de gobierno que parece haber sido la ordinaria en todas las colonias fenicias. Pero, en el período más conocido de su historia, Tiro aparece gobernado constantemente por reyes [3].

1. PIETSCHMANN. *Historia de los Fenicios,* trad. esp., pág. 83.

2. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, pág. 94. Cita y sigue á MÖVERS, *Die Phenizier,* tomo I, págs. 479-561.

3. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, pág. 94.

Gobierno de las colonias. — Las colonias eran fundaciones oficiales de las ciudades de Sidón y Tiro, o bien tenían por origen expediciones particulares de opulentas casas y asociaciones de comerciantes. « El vínculo que unía a las colonias fenicias con la metrópoli era de distinta índole según se tratara de las colonias de una u otra de las indicadas procedencias. Todas tenían obligación de contribuir con el diezmo de los ingresos del erario público al culto del Hércules tirio, cuyo templo se consideraba como el centro religioso del mundo fenicio. Como homenaje de devoción y piedad filial hacia este numen, protector de los fenicios en sus alongadas y peligrosas navegaciones, enviaban anualmente a Tiro todas las colonias fenicias embajadas especiales para presentarle ofrendas y asistir a las solemnes fiestas religiosas que se celebraban en su honor en el gran santuario de Tiro. Era asimismo costumbre de ambas clases de colonias ofrecer al Hércules de Tiro la décima parte del botín de guerra. El carácter distintivo entre ellas, en lo tocante a sus relaciones con la metrópoli, es que, mientras las establecidas directamente por esta última estaban en sujeción y dependencia estrechas de ella, como instituídas para su provecho y engrandecimiento, las otras, fuera del vínculo religioso y de piedad filial antes indicado, gozaban de independencia casi absoluta y venían a ser como ciudades aliadas o confederadas a Tiro. De ahí que las primeras recibieran sus magistrados supremos directamente de Tiro, o se vieran precisadas a elegirlos de entre las familias aristocráticas de la metrópoli, mientras que las fundadas por la iniciativa privada gozaban de libertad omnímoda en este punto. De aquí también que, al paso que las primeras tenían que reforzar con un contingente determinado en tiempo de guerra el ejército y la marina de Tiro, las otras eran dueñas de auxiliar o no, en ocasiones semejantes, a la metrópoli de Fenicia [1]. »

Parece que en las colonias persistía la antigua organización

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 93-94.

aristocrática y electiva de Tiro. « Al frente del gobierno de Cádiz estaban los *suffetes* y el *sofer* o *quaestor* [1]. Las asambleas solían celebrarse en Hasta [2], y el derecho vigente en la colonia era el fenicio o púnico [3]. »

§ 18

LA COLONIZACIÓN GRIEGA

POLIBIO, *Historiarum reliquiae*, ed. Didot, París, 1880. PLATÓN, *Leges*, en *Platonis opera*, ed. Didot, París, 1883, tomo I, págs. 263-501. ESTRABÓN, *op. cit.* TITO LIVIO, *op. cit.* K. F. HERMANN, *Lehrbuch der griechischen Antiquitäten*, 2ª ed., Heidelberg, 1870, tomo III, págs. 52-57. G. GILBERT, *Handbuch der griechischen Staatsalterthümer*, Leipzig, 1885, tomo II, págs. 397-403. CAILLEMER y LENORMANT, artículo *Colonies grecques*, en el *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* de Daremberg y Saglio, vol. II, págs. 1897. 1903. BUSOLT, *Die griechischen Alterthümer*, en el *Handbuch der Klassischen Altertumswissenschaft* de Müller, Nordlingen, 1877, vol. IV, págs. 64-69. E. DE HINOJOSA, *op. cit.*, tomo 1, págs. 99-108. R. ALTAMIRA Y CREVEA, *op. cit.*, tomo I, págs. 80-85. G. F. HERSBERG, *Historia de Grecia y Roma*, en la *Historia Universal* de S. Oncken, trad. esp., Barcelona, 1890, tomo II. E. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 107-127.

« Desde antiquísima fecha los fenicios habían tenido que luchar, en su expansión por el Mediterráneo, y particularmente por las islas del mar Egeo, con otro pueblo también procedente de Asia, el pueblo griego. Conocíase bajo este nombre un conjunto de estados o grupos de población que ocupaban las costas del Asia Menor, por encima del territorio fenicio, las islas del mar Egeo y los países que hoy forman la Grecia y la Turquía europea. Aunque todos estos estados se hallaban unidos por muchos lazos comunes, de raza, lengua, religión y costumbres, eran políticamente independientes unos de otros, como las ciudades fenicias. Dedicábanse

1. LIVIO, XXVIII, 37.
2. ESTRABÓN, III, 2, 2 y 14 ; III, 4, 10.
3. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 98.

también los griegos al comercio, no sólo por tierra, sino por mar, haciendo largas expediciones y colonizando otros países; pero durante mucho tiempo se vieron detenidos por los fenicios, remontándose a los años de 1500 a 1100 antes de Jesucristo, según opinan hoy sus historiadores, la primera lucha armada entre ambos rivales. El decaimiento del poder fenicio, desde el siglo VIII, en que es atacado por los reyes asiáticos, favoreció el progreso colonial de los griegos, que en el siglo siguiente se establecieron en Sicilia y otros puntos, y en el VI substituyeron en gran parte a los fenicios en el comercio de Egipto; pero todavía a mediados de este siglo los comerciantes de Tiro y Sidón eran dueños de casi todo el mar Egeo y el mar Negro [1]. »

No tuvieron nunca los griegos el propósito de fundar extensos imperios coloniales. Sus múltiples colonizaciones se debieron a otros motivos: el comercio, la necesidad de emigrar de algunas poblaciones demasiado densas y el extrañamiento político, forzoso o voluntario, especialmente de la aristocracia, que, en ciertos períodos, no podía substraerse de otro modo que emigrando al poder de los tiranos. Sin ampliar su dominio, los griegos se contentaban, como dice Cicerón, « con añadir a las comarcas bárbaras una costa helénica » [2]. Los vínculos de estas colonias en la madre patria eran más morales y religiosos que jurídicos y políticos. La fundación de las colonias se debía, ya a la iniciativa oficial de una ciudad o estado, ya a la acción privada de un grupo de ciudadanos, generalmente llevados por fines comerciales. Una vez elegido el sitio, se distribuía el territorio entre los fundadores, se procedía a la fundación de la ciudad, y el jefe de la expedición, de acuerdo con sus compañeros, fijaba la organización política y religiosa de la colonia. Las relaciones entre ésta y su metrópoli variaban según el carácter oficial o privado de la población [3].

1. ALTAMIRA, *op. cit.*, tomo I, págs. 80-81.
2. HERZBERG, *Historia de Grecia y Roma*, trad. esp., pág. 24.
3. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 103.

Aunque no se puede fijar con exactitud la época en que los griegos llegaron a España, supónese que ello fué hacia la segunda mitad del siglo VII. Los rodios, para entorpecer el comercio fenicio, transpusieron la estación media de las Baleares, y fundaron una ciudad rodia, llamada « Rhode », en un promontorio sobre las costas de la Iberia. Los focenses fundaron o conquistaron a su vez a Masalia (Marsella), y de ahí predominaron en el litoral mediterráneo del este, absorbiendo quizá establecimientos anteriores de otros pueblos griegos. « El principal de los focenses fué Emporion (que quiere decir *mercado)*, situado donde luego se halló Castellón de Ampurias (provincia de Gerona), y, más abajo, Hemeroscopión, frente a las Baleares en tierra de Valencia, Artemisión o Dianium (Denia) y Alonai. No consiguieron esto los griegos sino a costa de luchas cruentas con los fenicios, establecidos de antes, y con los cartagineses, que, dueños de las Baleares, ejercían en el occidente del Mediterráneo la contienda antigua que en el oriente habían sostenido los dos pueblos navegantes. A pesar de esta oposición, los focenses avanzaron por la costa sur, fundando en ella una colonia llamada Mainake o Maenace, que luego destruyeron los cartagineses, estableciéndose también en otros puntos de Andalucía, y llegando a Portugal, Galicia y Asturias. Pero la región griega de España más conocida y de que nos quedan noticias más completas es la del este. A la totalidad del territorio español que dominaron llamaron los griegos *Hesperia* e *Iberia* [1]. »

§ 19

EL DERECHO EN LAS COLONIAS GRIEGAS

Aun tiene menos significación, si cabe, el derecho de las colonias griegas que el de los fenicios, para el desenvolvimiento ulterior de las instituciones en España. Ni siquiera alcanzaron aquellas

1. ALTAMIRA, *op. cit.*, tomo I, págs. 81-82.

colonias la importancia étnica de éstas, reforzada luego por el dominio cartaginés. De ahí que sólo como a tema secundario puede prestarse aquí, de pasada, alguna atención al que trata el presente parágrafo.

« Regían en Marsella las leyes jónicas, expuestas al público para su conocimiento [1]. Recogiendo las breves indicaciones que acerca de ellas nos han dejado Estrabón y Valerio Máximo, y completándolas con los lineamentos generales del derecho helénico, se puede formar idea de la facilidad con que irían fundiéndose con las leyes ibéricas, no desconformes con ellas en los fundamentos de sus instituciones [2]. »

La propiedad y la familia. — Hay completa carencia de noticias específicas sobre las instituciones de derecho privado de las colonias griegas en España. Puede conjeturarse que serían las mismas del derecho griego coetáneo. Existió sin duda la propiedad territorial, no sólo por ser ello propio de la cultura helénica en la época de la fundación de las colonias, sino también por el hecho probado de la división de las tierras entre los fundadores de cada colonia. La oligarquía que predominó en Marsella, según veremos en seguida, tuvo su sólido fundamento económico. La familia, como en los distintos estados de Grecia, debió tener una organización patriarcal, siendo la filiación predominante si no exclusivamente agnaticia.

« En cuanto a la solemnidad de las nupcias, según Estrabón, los lusitanos celebraban sus bodas a la manera de los griegos, lo cual hubo de favorecer los matrimonios mixtos. La dote de los marselleses estaba, según Estrabón, legalmente tasada : no podía exceder de cien aureos, además cinco en vestidos y otros tantos en alhajas y adornos [3]. Esta dote de la mujer, consistente en cantidad

1. CURTIUS, *Historia de Grecia*, trad. esp. de A. García Moreno, 1887, (II, 3, 10,), tomo II, pág. 156.

2. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 119-120.

3. VALERII MAXIMI, *Factorum, Dictorumque memorabilium*, II, VI, 7.

y en muebles, es un vestigio de la comunión familiar primitiva que debió existir entre los focenses, como entre los antiguos iberos, para los bienes inmuebles, puesto que al salir la hija de la familia paterna para entrar en la del marido, no recibía tierra sino muebles o dinero.

« En cuanto al régimen familiar de la propiedad, es verosímil que, al llegar los focenses a España, estuviera muy adelantada en ellos la evolución que de común la transformó en individual, como es propio de los pueblos dados al comercio, en quienes los bienes adquiridos predominan sobre los patrimoniales; pero bastaba cierta conformidad en las tradiciones para facilitar las fusiones de las instituciones de la propiedad entre los griegos y los iberos.

« Algo semejante debió ocurrir en cuanto a la herencia. A falta de noticias del testamento entre los iberos, hemos supuesto su tardía aparición derivada del quebrantamiento de la comunión familiar; y lo mismo pasaría entre los focenses, de cuya sucesión tampoco tenemos conocimiento preciso, si les era aplicable el testamento, como en general se manifestó en Grecia, y la institución de la *epiclera,* común a la raza jónica y aun a la dórica con el nombre de *patroica.* La institución de heredero se hacía en forma de adopción: la *epiclera,* hija única, recogía la herencia paterna; pero la transmitía necesariamente con su mano al pariente más próximo, que si era casado podía divorciarse para mantener la propiedad y el nombre de la familia. En uno y otro caso se ve la huella de la antigua comunión doméstica, que transmitía los bienes por ministerio de la ley a los miembros de la familia agnaticia [1]. »

Organización política. — De hecho y en principio general, las colonias griegas eran autónomas, independientes de la metrópoli. Algunas veces las relaciones entre ésta y aquéllas se arreglaban de antemano, en un acto escrito que llevaba, como la colonia misma, el nombre de ἀποικία, y que podría llamarse el pacto colonial. Cuando la metrópoli, por raro caso, intervenía en los asun-

1. Pérez Pujol, *op. cit.,* tomo I, págs. 120-121.

tos de la colonia, hacíalo comunmente solicitada por los propios colonos, para que pusiera término a sus disenciones intestinas. Por eso se comparaba a las colonias y la metrópoli con los hijos y los padres [1], y a aquéllas entre sí, cuando procedían de una misma metrópoli, con los hermanos [2]. Como vimos en el parágrafo anterior, los vínculos de la metrópoli y sus colonias debían ser más o menos estrechos, según que éstas fuesen de extracción oficial o privada. Influirían también sin duda en esas relaciones la posición geográfica de las colonias, la necesidad de su defensa y el comercio.

Las instituciones coloniales se calcaban fielmente, por regla general, en las de la respectiva metrópoli. Era esto ya menos fácil cuando las colonias procedían de distintas ciudades; las instituciones coloniales debían resultar, en tales casos, más bien propias y eclécticas. « Hay colonias, dice Platón, que se pueden comparar a enjambres, porque todos los colonos son del mismo país... Los colonos tienen entonces el mismo origen, hablan una misma lengua, han estado antes sometidos a las mismas leyes, adoran a los mismos dioses. Es así difícil imponerles otra forma de gobierno que la que estaba en rigor en su país. Cuando, al contrario, la colonia estaba formada por una multitud confusa, reunida de diversas partes, era más factible al legislador hacerles aceptar una nueva constitución y nuevas leyes [3]. »

Escasísimos son los datos que tenemos acerca de las instituciones políticas y jurídicas de las colonias griegas en la península ibérica. Respecto de Emporion, colonia de Marsella, traen Estrabón y Tito Livio referencias interesantísimas; pero más bien relativas a su desenvolvimiento histórico y comercial [4]. En cambio, se ha reconstruído con alguna puntualidad la organización política de Marsella. Cabe aplicar esta reconstrucción, aunque indirecta-

1. Polibio, XII, 9, 3. Herodoto, VIII, 27. Platón, *Leges*, VI.

2. Polibio, XXII, 7, 2.

3. Platón, *Leges*, VI.

4. Estrabón, III, 4, 7. Livio, XXXIV, 9.

mente, a las colonias griegas de España, en virtud de su proximidad geográfica y frecuentes relaciones comerciales, así como también de cierta relación de origen y dependencia que hacía a algunas de éstas colonias de aquélla. Más que a las foceas, de que apenas se tienen noticias, todas las colonias, griegas de España debieran de asemejarse a las de Marsella [1].

« La forma de gobierno más antigua de Marsella, según las noticias que poseemos, fué una estrecha oligarquía, en la cual no tenían participación sino muy escaso número de familias, quizá únicamente las de los primitivos fundadores. Este rigorismo hubo de mitigarse después, admitiéndose al desempeño de los cargos públicos, primero a los primogénitos, y después a todos los hijos de familias acomodadas, excluídos antes de la intervención en el gobierno del Estado. En tiempo de Aristóteles era ilimitado el número de familias que gozaban de este privilegio. Todo aquel que reunía ciertas condiciones, cuyo pormenor nos es desconocido, podía obtener cargos en la administración pública. Al frente de ésta había un συνέδριον de 600 miembros vitalicios, llamados τιμοῦχοι u οἱ ἑξακόσιοι, los cuales eran indudablemente elegidos de entre ciertas familias privilegiadas, y, sólo en defecto de éstas, de entre las demás familias del estado marsellés. Una comisión de esta numerosa asamblea, compuesta de quince individuos, despachaba los asuntos corrientes, y una subcomisión de tres individuos, con su presidente representaba el poder supremo del Estado. Los ciudadanos no pertenecientes a las familias arriba indicadas parecen haber carecido por completo de derechos políticos. El συνέδριον de los 600 dirigía la política exterior, además de los otros ramos de la administración pública, sobre los cuales no se tienen noticias concretas [2]. »

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 103-104.

2. Gilbert, *Handbuch der griechischen Staatsalterthümer*, tomo II, págs. 259-260. Citado por Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 104.

§ 20

LA DOMINACIÓN CARTAGINESA

ESTRABÓN, *op. cit.* TITO LIVIO, *op. cit.* TH. MOMMSEN, *Histoire romaine*, trad. Alexandre, París, 1865, tomo III, págs. 118 y sigts. R. BORWORTH SMITH, *Carthage and the Carthaginians*, Londres, 1878. O. MELTZER, *Geschichte der Karthager*, Berlín, 1879. E. DE HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 109-113. R. ALTAMIRA Y CREVEA, *op. cit.*, tomo I, págs. 86-95. E. PÉREZ PUJOL, *op. cit.*, tomo I, págs. 85-105.

Los fenicios, y mucho menos los griegos, no llegaron a establecer una verdadera dominación política sobre la parte meridional de Iberia, habiéndose contentado con fundar factorías comerciales y circunscriptas colonias. No así los cartagineses, si bien su imperio ibérico, pronto destruído por los romanos, no dejó mayores rastros en las costumbres e instituciones peninsulares.

Cartago había sido una colonia tiria, fundada después de Cádiz. Cuando Tiro cayó bajo la prepotencia asiria, Cartago tomó para sí el papel de su antigua metrópoli. Pero las circunstancias no eran las mismas en el comercio y la política del Mediterráneo. La ciudad de Roma, una vez dominado el Lacio, demostraba ya sus aptitudes de nación conquistadora, y aun podía vislumbrarse su tendencia a fundar un imperio universal; por su carácter, no había de tolerar rivales. De ahí que Cartago, diferenciándose de las antiguas ciudades fenicias, tuviera que seguir en sus colonizaciones, para darles la estabilidad indispensable, un procedimiento más firme de conquista y verdadera dominación.

En el siglo VI, viéndose los fenicios de Cádiz, los gaditanos, estrechados en sus luchas con los naturales, llamaron en su socorro a los cartagineses, los cuales representaban en el Occidente del Mediterráneo el poder más fuerte y afín. La intervención armada de Cartago se convirtió en una dominación que alcanzó a todas las colonias fenicias de España, y trajo, como inmediata consecuen-

cia, la lucha de los cartagineses con las colonias griegas, especialmente con Marsella. Aunque destruyeron algunas colonias foceas de la costa del sur, no lograron expulsar definitivamente de la península a los griegos, quienes continuaron ocupando extensos territorios en el litoral del Este. «Para asegurar su dominación, implantaron los cartagineses en España el régimen que usaban en África, más militar y opresor que el de los fenicios. Pusieron guarniciones en las ciudades principales; trajeron esclavos y trabajadores de la Libia, y sujetaron fuertemente a muchas tribus españolas con tributos en dinero y servicios. Explotaron activamente las riquísimas minas de plata del Sur, y quizá también las de otras regiones, unas en favor de importantes casas de comercio de Cartago, y otras en provecho del erario público; y continuaron en gran escala el tráfico de mercaderías. Cartago era entonces el centro de todo el comercio occidental y meridional, comunicándose con los países del sur y el este del África, y por medio de éstos con los asiáticos [1].»

En la primera guerra púnica, Roma, vencedora de Cartago, conquistó a Sicilia. Comprendieron entonces los cartagineses que era preciso compensar tan sensible pérdida con una nueva conquista. Amílcar, de la familia de los Barcas, que había sido general en Sicilia, lo fué designado para el ejército de África, con facultades tan amplias que venía a ser como independiente de Cartago. Pasando a España, en 236, inició vigorosamente la conquista de la península, dió varias batallas, y murió al cabo en una de ellas. Lo substituyó su yerno Asdrúbal Barca, el cual continuó la guerra y fundó la ciudad de Cartago Nova (Cartagena), o la amplió sobre la base de otra anterior (Mastia). Se constituyó así lo que se ha llamado el «Imperio de los Barcas», pues que éstos vivieron en España como reyes independientes, aunque moralmente aliados a Cartago. Habiendo muerto asesinado Asdrúbal, le sucedió Aníbal, hijo de Amílcar. Produjose entonces una segunda guerra púnica, que tuvo

1. Altamira, *op. cit.*, tomo I, págs. 86-87.

también por teatro a España, donde los ejércitos romanos consiguieron una serie de victorias. En consecuencia, los cartagineses tuvieron que abandonar la península, en 206, terminándose esa dominación que había durado cuatro siglos. La guerra entre romanos y cartagineses se continuó en África, hasta la completa destrucción de Cartago, en 146. Por algún tiempo, las Baleares se sostuvieron en poder de su general cartaginés [1].

§ 21

EL DERECHO EN LAS COLONIAS CARTAGINESAS

Es de suponerse que, en las colonias cartaginesas, se conservase el derecho privado fenicio. Las instituciones relativas a la propiedad y la familia no debieran sufrir ningún cambio fundamental.

En punto al derecho público de las colonias cartaginesas, la opinión corriente es que, en las que fueron colonias fenicias, se debió mantener la organización preexistente. En cambio, las colonias fundadas por los cartagineses hubieron de adoptar las instituciones y la organización de Cartago.

El principio timocrático o de la riqueza parece haber sido, en Cartago, la base de la aristocracia. Para desempeñar las magistraturas o cargos públicos, cuyas funciones eran gratuitas, requeríase el poseer fortuna considerable.

« Al frente del gobierno de la República había dos *suffetes,* cuyo cargo se duda si era anual o vitalicio, y a quienes incumbían las supremas atribuciones en el orden civil o político, bien que éstas no nos sean conocidas con exactitud. Como magistrado supremo en el orden militar figuraba el jefe del ejército, para cuyo cargo, así como para el de *suffetes,* solían elegir los car-

1. *Ibid.,* tomo I, págs. 92-93.

tagineses, al decir de Aristóteles, a las personas más reputadas y más ricas. La Asamblea aristocrática o Senado constaba de 300 miembros. Una comisión de 100 individuos, o, mejor dicho, de 104, delegada por el Senado, vino a concentrar en su mano el poder supremo, reduciendo casi a un mero título de honor el cargo de los *suffetes,* convertido en los últimos tiempos de vitalicio en anual, y reducido en punto a atribuciones a la presidencia del Consejo de los Centumviros. Estos ejercían una verdadera fiscalización sobre los generales de la república, sobre todas las magistraturas y aun sobre el mismo Senado. Su cargo era vitalicio, y les aseguraba una gran influencia, pues que, en concepto de senadores, ocupaban lugar preferente en las comisiones o delegaciones de individuos de la Asamblea aristocrática que estaban al frente de los varios ramos de la administración pública, y eran además los llamados a resolver en definitiva sobre todos los asuntos políticos de importancia.

« La Asamblea del pueblo no tenía otras atribuciones que la elección de los *suffetes,* y la de los individuos que habían de componer el tribunal de los ciento cuatro, llamado así por el número de sus miembros, y la decisión de los asuntos de la competencia de los *suffetes* en que éstos no lograban ponerse de acuerdo. Aunque durante casi toda la historia de Cartago predominó la influencia del elemento aristocrático, en los últimos tiempos parece haber cedido su puesto al elemento popular. El tribunal de los ciento cuatro entendía en la resolución de todos los asuntos civiles y comerciales [2]. »

No obstante el carácter político de la dominación, « los cartagineses respetaron la autonomía de los pueblos en su gobierno interior, contentándose con que reconocieran la supremacía del pueblo cartaginés, y con que contribuyeran a su esplendor con fuertes contingentes de hombres y dinero [1]. Sabida es la parte principal

1. Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, págs. 110-111.
2. Livio, XXVIII, 15. Polibio, III, 71.

y gloriosa que los soldados españoles tuvieron en la primera guerra púnica. Para conservar mejor su dominación en los países conquistados, no solían los cartagineses emplear en ellos como guarnición sino soldados procedentes de otras naciones. Así, los españoles prestaban el servicio militar en África, y los africanos en España [1]. »

1. LIVIO, XXI, 21. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 111-112.

SECCIÓN II

ÉPOCA ROMANA

CAPÍTULO III

EL DERECHO ROMANO

§ 22. La conquista romana. — § 23. Las ciudades provinciales. — § 24. El gobierno romano. — § 25. Divisiones administrativas de España. — § 26. La hacienda. — § 27. Los municipios. — § 28. Estado social. — § 29. La difusión del derecho romano. — § 30. Fuentes de derecho. — § 31. Contenido del derecho romano.

Th. Mommsen, *Römische Geschichte*, Berlín, 1885; *Römisches Staatsrecht*, Leipzig, 1875; *Römische Forschungen*, Berlín, 1864; *Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica*, en las *Abhandlungen der philologisch-historischen Classe*, Leipzig, 1857, vol. III, págs. 361-507. Marquardt, *Römische Staatsverwaltung*, 2ª ed., Leipzig, 1881. Madwig, *Die Verfassung und Verwaltung des römischen Staats*, Leipzig, 1882. Person, *Essai sur l'administration des provinces romaines sous la République*, París, 1882. Arnold, *The roman system of provincial administration to the accesion of Constantin the Great*, Londres, 1879. Mispoulet, *Les Institutions politiques des Romains*, París, 1883. Karlowe, *Römische Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1885. Brinz, *Ueber den Begriff und Wesen der römischen Provinzen*, Munich, 1885. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, París, 1895; *Recherches sur quelques problèmes d'histoire (Le colonat romain)*, París, 1894, págs. 1-186. G. F. Puchta, *Curs der Institutionen*, 6ª ed., Leipzig, 1866. D. Serrigny, *Droit public et administratif*, París, M.DCCC.LXII. P. Krüger, *Historia, Fuentes y Literatura del Derecho romano*, trad. esp., Madrid. R. Wilmart, *Estudios de Derecho romano*, 2ª ed., Buenos Aires. 1905. E. de Hinojosa, *Historia general del derecho español*, Madrid, 1887,

tomo I, págs. 115-308. R. Altamira y Crevea, *Historia de España y de la Civilización española,* Barcelona, 1909, tomo I, págs. 96-163. M. Lafuente, *Historia general de España,* Barcelona, 1888, tomo I, págs. 67-249. M. Hume, *Historia del Pueblo español,* trad. esp. de J. de Caso, Madrid, págs. 9-54. J. M. Antequera, *Historia de la Legislación española,* 4ª ed., Madrid, 1895, págs. 25-46. E. Pérez Pujol, *Historia de las Instituciones sociales de la España goda,* Valencia, 1896, tomo I, págs. 127-348.

§ 22

LA CONQUISTA ROMANA

La fuerza expansiva del Imperio Romano, por una parte, y, por otra, la situación geográfica y natural atracción de la península hispánica, así como la falta de cohesión y mayor cultura en sus pueblos, debían traer el lógico y necesario resultado de su conquista. Para ello contaba Roma, en el último tercio del siglo III antes de la era cristiana, con el serio obstáculo de Cartago, cuya soberanía reconocían las ciudades del sur y el este de España; el resto de la península se conservaba entonces en completa independencia. Mientras no se destruyera el poder cartaginés, no podía concluirse la empresa que movía fatalmente a Roma hacia España. Destruído ese poder, al terminar la segunda guerra púnica, quedaron sometidas a la dominación romana las ciudades del sur y el este que antes reconocían la soberanía del Cartago y parte de los territorios bañados por el Ebro. La derrota y expulsión de los cartagineses por Escipión redujo, aunque con desigual arraigo, una ancha zona que comprendía parte de Cataluña, Aragón, Valencia y Andalucía [1].

Iniciado en la segunda guerra púnica el proceso de la conquista de la península por Roma, continuó en una serie de grandes episodios históricos: las campañas de Cneo y Publio Escipión, Esci-

1. Mommsen, *Histoire romaine,* trad. Alexandre, París, 1865, tomos IV y V. Citado por Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, págs. 117-119.

pión el Africano, Cayo Sempronio Turdetano, Marco Porcio Catón y Servio Sulpicio Galba ; la sublevación del lusitano Viriato ; las campañas de Quinto Fabio Serviliano y Quinto Servilio Cepión ; las repercusiones que tuvo en la península la guerra civil entre César y Pompeyo, especialmente en la organización política implantada por Sertorio ; la campaña de César ; la de Augusto y su lugarteniente Cayo Antistinio ; las últimas y desesperadas resistencias de los Astures y los Cántabros. Estos, los Cántabros, parece que sobrepujaron a los demás naturales en patriótica exaltación. Cuéntase que las madres degollaban a los hijos para que no cayesen prisioneros de los romanos [1] ; los que caían, al ser puestos en la cruz, morían entonando virilmente su cántico de victoria [2]. El proceso de la conquista, iniciado cuando envía Roma a España un ejército a las órdenes de Cneo Escipión, en el año 218 antes de la era cristiana, termina sólo hacia el año 30, época en que los historiadores consagran la imposición definitiva y ya indiscutible del Imperio Romano en todo el territorio de la península y el comienzo de una nueva edad, que iba a durar unos cinco siglos.

« Durante doscientos años lidió Roma con los tenaces Celtíberos del centro y del norte. Cada valle, cada paso, cada vado teníase que ganar por la fuerza de las armas. Contra el sistema usual de los romanos, se vió que era preciso mantener en España grandes guarniciones permanentes de 40.000 hombres acantonados, sobre todo en Sagunto, Cádiz y Tarragona. Trajo esto, como es natural, la existencia de una gran población mixta, celtíbera y romana, y el nacimiento de ciudades o colonias semirromanas, habitadas principalmente por mestizos, tales como Urbs Itálica (o Julia Augusta), frente a Sevilla ; Carteia (cerca de Algeciras), fundada especialmente para la descendencia de plebeyos romanos y madres ibéricas ; y la Colonia Patricia, para una clase superior, que estuvo a orillas del Guadalquivir, en el sitio de la actual Córdoba. Así,

1. Estrabón, III, 4, 17.
2. *Ibid.*, III, 4, 18.

mientras las tribus del interior y del norte resistían aun obstinadamente la absorción, los habitantes de la costa se romanizaban del todo en muy corto espacio de tiempo [1]. »

Durante esa larga guerra de unos dos siglos, fluctuando la suerte de un día para otro entre unos y otros combatientes, se demostró, al par de la tenacidad de los extranjeros, el admirable heroísmo de los naturales. A pesar de su barbarie o menor cultura, éstos hubiesen indomablemente triunfado si hubieran sabido unirse o confederarse, como cuando Viriato logró reunirlos bajo su mando. Desgraciadamente el localismo, producido por la ingénita arrogancia de las tribus celtoiberas, la heterogeneidad de su origen étnico y la falta de comunicación y contacto entre los pueblos que ocupaban las diversas regiones de la península, quitó eficacia a su defensa. Así, faltas de la bandera de una común nacionalidad, las poblaciones mixtas pelearon por ambas partes ; aliáronse a veces con el enemigo, debilitándose recíprocamente y aumentando con ello los factores y causas del definitivo triunfo romano.

§ 23

LAS CIUDADES PROVINCIALES

La norma romana de respetar las divisiones existentes en los pueblos conquistado, tenía su limitación en el interés y las necesidades de la misma conquista. Partía Roma del principio universal de que todo debía pertenecerle, sometiéndose a su poder incontrastable. Los pueblos que se resistían y combatían con sus ejércitos sufrían luego, como castigo, la pérdida de todo o parte de su territorio, y quedaban en una precaria situación política. Por el contrario, a las ciudades aliadas y a los pueblos que se mostraban propicios al yugo romano se les concedía en recompensa cierta autonomía, o eran asimilados sus naturales a la situación de los ciudadanos

1 HUME, *Historia del Pueblo español*, trad. esp., pág. 28.

romanos, con privilegios y exenciones. A todos los individuos alcanzaban, pues, en el derecho público y en el privado, las consecuencias de la conducta observada por la colectividad en la guerra con Roma, antes del sometimiento final. De ahí las distintas categorías de ciudades provinciales indicadas con las denominaciones de *estipendiarias, confederadas libres* e *inmunes*; había también ciudades organizadas a la romana, cuales eran las *colonias* de ciudadanos romanos, los *municipios,* las ciudades *latinas* y las *itálicas* [1].

« Las ciudades estipendiarias *(civitates stipendiariae),* a cuya categoría pertenecía la mayor parte de las ciudades provinciales, estaban enteramente sometidas al *imperium* o jurisdicción del gobernador, y obligadas al pago de los impuestos, así ordinarios como extraordinarios, que pesaban sobre las provincias. Eran los ordinarios la capitación o impuesto personal, y una contribución sobre la propiedad territorial que debía pagarse en metálico o en especie. Entre los extraordinarios se contaban, además de las varias clases de impuestos indirectos, el destinado al sostenimiento del ejército provincial, las prestaciones o regalos que forzosamente habían de hacerse al gobernador, y otros de este jaez.

« Llamábanse ciudades libres *(civitates liberae)* las que por concesión especial del pueblo romano, cuya soberanía reconocían y acataban, disfrutaban una verdadera autonomía, así en orden al gobierno municipal como en lo tocante a la administración de justicia, sin sujeción alguna al gobernador de la provincia. De ordinario estaban obligadas al pago de los impuestos provinciales; pero a veces se las eximía de ellos, y en este caso se denominaban *immunes.*

« Recompensa ordinaria de servicios eminentes prestados a la causa de Roma era la posición privilegiada de ciudades confederadas *(civitates foederatae),* especies de estados dentro del Estado,

1. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, pág. 205. Cita y sigue a MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung,* tomo I, 2ª ed., págs. 69-123; MISPOULET, *Les institutions politiques des Romains,* tomo II, págs. 31-65 y 77-86, y KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte,* tomo I, págs. 295-321 y 576-582.

que gozaban absoluta autonomía, manifestada así en el derecho a conservar su organización política y administrativa peculiar, con entera independencia y exención del gobernador de la provincia, como en el derecho de acuñar moneda y de estar exentos sus naturales de servir en las legiones; en cambio de lo cual debían auxiliar a Roma con tropas, barcos o marineros.

« La diferencia entre las ciudades estipendiarias y las libres, en orden al derecho que unas y otras tenían de gobernarse por sus propias leyes, consistía en que las primeras, si bien conservaban su derecho tradicional, tenían que tolerar la ingerencia de Roma cuando ésta quería introducir en él algunas modificaciones; mientras que las ciudades libres conservaban el derecho a legislar en todo lo concerniente a sus relaciones políticas y civiles, y a modificar, cuando lo tenían a bien, sus leyes propias.

« Las colonias, fundadas en los primeros tiempos para mantener en la obediencia del pueblo romano el territorio en que se hallaban enclavadas, o sea con un fin exclusivamente militar, sirvieron más tarde, sobre todo desde el tiempo de los Gracos, para librar a la capital y a Italia del proletariado que las abrumaba. Sila, César y Augusto dieron gran impulso a la fundación de colonias, el primero en Italia y los dos últimos en las provincias. Desde Augusto hasta Constantino, en cuyo tiempo cesa la fundación de colonias, éste fué el medio ordinario que tuvieron los emperadores de recompensar a sus soldados, terminado el tiempo de su servicio. En tiempo de la República la fundación de colonias se llevaba a cabo, después de acuerdo del Senado, por virtud de una ley y de una comisión nombrada al efecto, cuyos miembros, después de la fundación, eran los patronos de la colonia. Bajo el Imperio, la facultad de crear colonias viene a quedar concentrada en el emperador, el cual la ejercía por medio de sus delegados [1]. »

Las tierras de las colonias se distribuían entre los colonizadores. Lo ordinario era adjudicarles « una tercera parte de las tierras

1. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 210-212.

laborables, destinando otra a pastos *(ager publicus)*, y reservando la última para la construcción de los edificios públicos y para atender a los gastos del culto. En cuanto a las tierras incultas, que se denominaban *agri ocupatorii*, se arrendaban al diezmo de lo recolectado y al quinto de la cosecha de los árboles frutales, ingresando el importe de estas rentas en el erario público [1]. »

Para comprender el alcance de las varias categorías de ciudades provinciales conviene recordar que existían distintos sistemas jurídicos que, partiendo del centro, Roma, se iban ensanchando a modo de círculos concéntricos. Tenemos, como primer círculo, el clásico *ius civile*, el derecho ciudadano, propio de los *cives*, los hijos de la ciudad conquistadora. Era un derecho pleno, que les reconocía todos los derechos : el *ius sufragii et honorum*, la facultad para tomar parte en las elecciones de los magistrados y ser elegidos tales ; el *ius connubii*, derecho de contraer un matrimonio romano, lo cual capacitaba para el ejercicio de la patria potestad, el parentesco civil y la herencia, todo según la ley romana ; el *commertium*, poder de adquirir la propiedad romana, transferirla, donarla y heredarla. Después de Roma, el segundo círculo a trazarse comprende el Lacio, al cual antiguamente correspondió el *ius Latii*, el derecho latino, que daba el *commertium* y el *connubium*, y en cierta medida también el *suffragium*. En el tercer círculo, el de Italia, estaba el *ius italicum*, originariamente más restringido que el segundo, así como lo era el segundo respecto del primero. En efecto, el *ius italicum*, el derecho itálico, no comprendió al principio el *ius sufragii*; careciendo de derechos políticos, sólo abarcaba el privado : el *ius commertii* y el *ius connubii*. Por último, el cuarto círculo, el más extenso, el universal, correspondió al *ius gentium* civil, propiedad de los extranjeros, *peregrini*, cuando se sometían a la dominación romana. Si no se sometían eran considerados enemigos, *hostes*, sin gozar forzosamente de ningún derecho. Por supuesto, esta graduación es sólo esquemática, pues

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 213.

que existieron también categorías intermedias, como el *maius* y el *minus Latium,* y, por otra parte, sobre todo respecto de los impuestos, el derecho itálico vino a ser menos gravoso y más privilegiado que el antiguo derecho latino.

En general, los habitantes de los municipios, que eran bastante numerosos en España, gozaban de los derechos inherentes a la ciudadanía. « Había también muchas ciudades a quienes se había concedido como privilegio la asimilación, en cuanto a su condición jurídica, con las antiguas ciudades latinas *(ius Latii).* En virtud de ella, además de cierta independencia en el orden administrativo, gozaban del derecho de contratación, y podían sus habitantes alcanzar el derecho de ciudadanía mediante ciertas condiciones. La diversidad de estas condiciones dió origen a que se distinguieran en este privilegio dos grados, designados respectivamente con los nombres de *maius* y *minus Latium.* Gozaban del *maius Latium* las ciudades cuyos habitantes adquirían el derecho de ciudadanía por el solo hecho de pertenecer a la curia de su ciudad ; mientras los habitantes de las que sólo poseían el *minus Latium* no podían obtener aquel derecho si no desempeñaban en su ciudad natal alguna magistratura. El *ius Latii* no eximía del pago de los impuestos. A veces se concedía este privilegio a toda una provincia. Sirva de ejemplo España, que recibió esta merced del emperador Vespasiano [1]. » Por último, « del *ius italicum* gozaban únicamente algunas colonias y municipios, a quienes se concedió en tiempo del Imperio. Las ciudades favorecidas con él eran de la misma condición jurídica que las situadas en Italia. Estaban, por lo tanto, exentas del pago de los impuestos ordinarios ; sus habitantes gozaban de todos los derechos y exenciones que las ciudades romanas tenían en Italia, y su territorio era susceptible del dominio quiritario. A veces las colonias adquirían también cierta independencia en la administración de los intereses municipales, emancipándose en este

1. *Ibid.*, tomo I, págs 215-216.

punto de la inspección del gobernador de la provincia, y entonces se denominaban *coloniae liberae* [1].»

El derecho latino otorgado por Vespasiano a todas las provincias de España, fué probablemente el *minus Latium*. Esta concesión debió ser de gran importancia para el porvenir [2], hasta que Caracalla (212 a 217) extendió el derecho de ciudadanía a todos los pueblos sometidos bajo la dominación romana. No obstante, las antiguas diferencias entre ciudadanos y no ciudadanos y latinos y peregrinos persistieron mucho tiempo después de promulgada la constitución de Caracalla, pues posteriormente se otorgaron a veteranos concesiones de ciudadanía romana [3].

§ 24

EL GOBIERNO ROMANO

No la república romana, antes bien el principado dominó definitivamente a España y le impuso el sello de su derecho. Puede decirse que el proceso de la dominación romana en España se ha desenvuelto coetánea y paralelamente al del Imperio. Culminó la guerra de la conquista en los últimos tiempos de la República. El pueblo, que, por medio de los comicios, había sido hasta entonces la base de la organización social, estaba ya corrompido por copiosas agrupaciones o clubs políticos, *sodalitates*; en cambio, crecía el poder del Senado, cuyo cuerpo, precisamente por no salir del pueblo e ir escapando a su contralor, debía fatalmente constituir una oligarquía. La lucha de clases estaba entablada, y, para evitar sus excesos, fuéronse creando magistraturas extraordinarias,

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 218.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 216.
3. *Ibid.*, tomo I, pág. 223.

contrarias al antiguo derecho público de Roma [1]. Mario, Sila, Pompeyo, César, al hacerse dar tales magistraturas, prepararon el camino para que Augusto iniciase una nueva era, constituyéndose en verdadero emperador.

El principado fué de origen democrático. Al establecerse, bajo Augusto, la diarquía del Senado y el príncipe, aquél representaba la aristocracia tradicional, éste el pueblo. El emperador era un magistrado cuyos poderes no se originaban en su propia personalidad; antes bien era una delegación del Senado y el pueblo, explícita o tácita, según las circunstancias. Pero este concepto del principado-magistratura tendió en breve a transformarse en el de una típica monarquía, esto es, en el de un poder ilimitado que originariamente residía en la persona del monarca, y que tenía su culto religioso. Ya el dictador César tuvo sin duda la intención de establecer una monarquía, sea bajo la antigua denominación tradicional, sea bajo una forma nueva, y permitió que se le rindiera, en vida, un culto divino: aunque no se hiciese levantar templos, hizo colocar su estatua entre las de los dioses en todos los templos de Roma y del Imperio y se hizo nombrar un flamineo de sí mismo. En pura lógica, la monarquía llevaba, del punto de vista religioso, al rey dios, y, del punto de vista jurídico, al rey propietario [2]. Esta transformación se cumplió grado a grado en los sucesores de César, quizá contra la voluntad de ellos mismos, impuesta por las necesidades del gobierno y el servilismo de los súbditos. Fué así como, hacia el siglo III, el principado acaba por asumir todos los caracteres de una monarquía absoluta. La adopción de los cultos orientales robustece la divinidad del príncipe, el cual se constituye en verdadero *dominus*, seguido del adjetivo *nostrum*, esto es, en señor de sus súbditos, como si éstos fueran sus esclavos o libertos. En el período bizantino, bajo la influencia de las

1. Wilmart, *Estudios de Derecho romano*, pág. 105.

2. Mommsen y Marquardt, *Manuel des Antiquités romaines*, París, 1856, tomo V, pág.13.

ideas cristianas, pierde fuerza la identificación del emperador con la divinidad : pero, en la forma y en el fondo, queda en pie el principio del dominicato imperial, como idea madre de la nueva monarquía [1].

El poder de legislar pasa del pueblo y el Senado al príncipe. Hasta principios del siglo III se encuentran todavía senadoconsultos que introducen un derecho nuevo ; mas la intervención del Senado degenera en una pura formalidad. A la larga los emperadores, que antes se contentaron con mandar hacer a su guisa las leyes y senadoconsultos, llegan a considerarse investidos con la facultad de legislar. De la facultad de promulgar los senadoconsultos y de resolver las consultas y casos de apelación que le fueran elevados, todo por medio de edictos y rescriptos, nace lógicamente el poder legislativo de los emperadores. Sus *constitutiones* se llaman *leges,* dividiéndose por su forma en edictos, mandatos, decretos y rescriptos. No sólo tienen entonces los emperadores poder para dictar leyes de derecho público, sino también de derecho privado.

Durante el gobierno de Augusto se inicia en las provincias el nuevo régimen ; pero de la manera aun mixta que ahora se ha apellidado « diarquía ». El año 27 de la era cristiana, dicho emperador divide las provincias entre el Imperio y el Senado : diez tocan al primero, entre las cuales está la Bética, y doce al segundo, en cuyo número se incluyen la Tarraconense y la Lusitania. El emperador gobierna entonces por medio de legados o funcionarios imperiales ciertas provincias, mientras que el Senado lo hace más bien con las antiguas magistraturas. El emperador implanta en las suyas el nuevo régimen ; el Senado en las restantes mantiene siquiera las formas substanciales del antiguo. Esta singular combinación va haciéndose con el tiempo nominal, dado el siempre creciente poder del príncipe sobre el Senado.

Los gobernadores de las provincias senatoriales gozaban de una

1. *Ibid.,* tomo V, pág. 13.

mayor independencia; no teniendo sobre ellos gobernadores que ejercieran superioridad, eran todos *pro consule* [1]. Mientras fueran competentes, el Senado se abstenía de intervenir en sus actos. Su inmixión constante hubiera hecho imposible el gobierno de aquellos magistrados. La parte que el Senado tomaba de acuerdo con los cónsules en el poder ejecutivo de Roma y en Italia era reemplazada hasta cierto punto en las provincias por la presencia, al lado del gobernador, de legados permanentes que les adjuntaba el Senado. Estos legados fueron sin duda al principio destacados al comando de las tropas; pero, siendo aún este comando una de las funciones de la magistratura, podían también ser empleados en la justicia y la administración, y, durante la República, en ambas tomaron ellos una parte esencial [2].

La elección de esos gobernadores de las provincias senatoriales, denominados *procónsules,* «se hacía, como en lo antiguo, por suerte, entre los miembros del orden consular o pretorio; su cargo siguió siendo anual, y tenían como auxiliares en el ejercicio de sus funciones a uno o varios legados, cuyo nombramiento era atribución del Senado. La administración financiera continuó a cargo de los cuestores, como en el período anterior, si bien en todas las provincias senatoriales había *procuratores* encargados de representar y administrar los intereses del emperador [3].»

Las provincias imperiales, aquellas cuya administración correspondía al príncipe, le eran positivamente cedidas, es decir, la propiedad del suelo le era transferida por el pueblo al emperador. «En presencia de esta manera de proceder es conveniente recordar que la cesión era al principio hecha a título temporario, y concordaba por ello con los hábitos romanos. Una traslación fiduciaria

1. MOMMSEN, MARQUARDT y KRÜGER, *Manuel des Antiquités romaines,* trad. franc., París, 1893, tomo III, pág. 280.

2. MOMMSEN y MARQUARD, *op. cit. (Le Droit public romain),* trad. franc., París, 1891, tomo VII, págs. 437-438.

3. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, pág. 231.

de la propiedad bajo la obligación de retransferirla, al expirar el término fijado al gobierno provincial, es perfectamente conciliable con el carácter de la magistratura del principado. A esto se agregaba que el rendimiento de los impuestos proporcionados por las primeras provincias conferidas al emperador era probablemente inferior a los gastos que ellas requerían, y seguramente inferior al total de las cargas militares sostenidas por la caja del emperador; desde el punto de vista financiero, la cesión no causaba, pues, ningún perjuicio al pueblo. Pero el fin era evidentemente evitar toda especie de fiscalización y toda contabilidad, pues de ello no podía hacerse cuestión desde el momento en que era como propietario como el príncipe recibía las rentas de sus provincias [1].» Augusto, al fundarse el principado, en 727 (27 antes de la era cristiana) conservó la administración directa de la Galia, la Siria y la España Citerior. Desde entonces el número de las provincias imperiales aumentó continuamente, a causa de la división de aquellas tres primitivas, de permutas con el Senado, y de la clasificación como provincias imperiales de todas las que se adquirieran después de 727 [2].

En las provincias imperiales « el emperador nombra a unos funcionarios imperiales llamados *legati Augusti,* y también, por el número de *fasces* que tienen, *quinquefascales;* unos tienen el título de *consulares,* otros de *proetorii,* a imitación de los gobernadores magistrados. Debajo de ese funcionario hay un *legatus legionis* para cada legión; en las provincias poco importantes no hay a veces más que un *legatus legionis,* sin *legatus Augusti.* En algunas provincias hay, debajo del *legatus Augusti,* un *legatus juridicus,* tomado de entre los senadores [3].» « Pertenecían esos legados a la orden consular o al pretorio. La duración de su cargo dependía

1. Mommsen y Marquardt, *op. cit.,* tomo V, págs. 396-397.

2. *Ibid.,* tomo V, pág. 397.

3. Wilmart, *op. cit.,* pág. 112.

de la voluntad del emperador por el cual fueron elegidos [1]. » « La administración financiera estaba encomendada a un funcionario especial que llevaba el nombre de *procurator* [2]. »

Como los gobernadores de las provincias senatoriales, los de las imperiales poseían un *imperium* superior propio; pero, estando sometidos al *imperium* proconsular del emperador, eran todos *pro proetore*. Al mismo tiempo eran mandatarios, esto es, *legati Augusti,* en el sentido de que el emperador los nombraba a su arbitrio; no perteneciéndoles su *imperium* más que por ese mandato y mientras él duraba, su propetura existía y moría con su delegación. Conjuntamente con los gobernadores iban a sus provincias otros funcionarios, como los *procuratores provinciae,* encargados de la recepción de impuestos y administración del tesoro, y los *legati Augusti juridici* y *legati Augusti legionis,* de rango senatorial; pero, no teniendo ellos la propretura, debían someterse a los gobernadores de las provincias imperiales [3].

El cargo de gobernador de provincia sufrió una larga y completa transformación. « El distrito judicial secundario, o sea la provincia, estaba a cargo de un jefe propio, que tenía encomendada la jurisdicción. Este jefe fué en un principio un pretor, o uno que lo hubiera sido, y posteriormente un propetor o procónsul, puesto que desde los tiempos de Sila todos los magistrados supremos ejercían durante el primer año de funciones, que era el verdadero, las relativas a la ciudad, y en el segundo año se les encargaba, aun a los que hubieran sido cónsules, del mando de una provincia. Tampoco durante el principado era el gobierno provincial otra cosa que el segundo año de funciones del pretor; pero gradualmente fué el cargo adquiriendo carácter de independencia, merced a que el intervalo transcurrido entre el desempeño de la pretura y el del gobierno de provincia se hizo ahora de varios años,

1. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, pág. 231.
2. *Ibid.,* tomo I, pág. 231.
3. MOMMSEN, *op. cit.,* tomo III, págs. 280-281.

y merced, además, a que a los que después de ser pretores se encargaban de un gobierno de provincia se les daba el título de procónsules. Pero estos procedimientos no se establecían en aquellas provincias cuya administración se encomendaba inmediatamente a un depositario del poder proconsular general. A los representantes del emperador en cada una de estas circunscripciones ó distritos se les llamaba legados o ayudantes del mismo *(legati)*, cuando pertenecían al rango de los senadores, concediéndoles entonces también el título de propetores, y, cuando pertenecieran a la clase de los caballeros, se les llamaba representantes del emperador para ejercer el mando militar *(praefecti)* o para gestionar negocios *(procuratores)* sin que se les diera entonces el título de propretores; esencialmente, sin embargo, unos y otros tenían las mismas atribuciones... En general, la competencia del gobernador de provincia, del *praesides*, era siempre la misma para los asuntos principales, fuesen luego las que quisieran las diferencias que entre unos y otros hubiere por razón del rango y el título que llevaran [1].»

El gobernador de provincia no fué destinado desde un principio al ejercicio del mando militar; por tanto, toda provincia o circunscripción fué considerada como exenta de ese mando, y como susceptible de ser administrada civilmente, lo mismo que ocurrió en Italia; en los casos de guerra seria se enviaba a la provincia uno de los cónsules. Pero el pretor provincial no estaba privado de mando militar en la misma extensión en que lo estaba el de la ciudad [2]. Este mando del gobernador de provincia fué creciéndose y consolidándose por necesidades estratégicas, hasta constituir un verdadero y no remediable peligro para la República. Concluyeron con ella, pues el mando militar de los gobiernos de provincia fué lo que sirvió de base para constituir el mando general

1. Mommsen, *Compendio de Derecho público romano*, trad. esp. de A. Dorado, Madrid, págs. 487-488.

2. *Ibid.*, pág. 451.

proconsular del *imperator* [1]. Por último, fué todo ello factor de la anarquía militar que amenazó y tuvo continuamente en agitación al Imperio.

Estrabón consigna que, « en virtud de la división de provincias hecha recientemente entre el pueblo y el Senado, de una parte, y el príncipe, por otra, la Bética se halla atribuída al pueblo, y, para administrar la nueva provincia, se envía un pretor, asistido de un cuestor y un legado. Pero el resto de la Iberia pertenece a César, que envía para que lo representen en ella dos legados, uno pretorio y otro consular [2]. »

§ 25

DIVISIONES ADMINISTRATIVAS DE ESPAÑA

« La palabra *provintia*, empleada primeramente en la terminología del derecho público romano para designar la suma o esfera de atribuciones generales o especiales de los magistrados con *imperium* (cónsules y pretores), se aplicó después al gobierno de los territorios situados fuera de Italia, y en sentido traslaticio al territorio mismo [3]. » Al constituir los territorios conquistados en provincias, la política constante de los romanos fué conservar siempre, a menos que se opusieran a ello razones muy poderosas, los centros y divisiones políticas ya existentes [4]. Dividíanse las provincias « en circunscripciones administrativas, ya municipales, ya rurales *(civitates)*, y judiciales *(conventus)*, con sus capitales respectivas, conservando o modificando las divisiones existentes, según convenía a la política de Roma, y ampliando las favorables

1. *Ibid.*, pág. 492.
2. Estrabón, III, 4, 20. Citado por Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 230.
3. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 204.
4. *Ibid.*, tomo I, pág. 205.

al pueblo romano a costa de las que le eran contrarias. Todo esto solía hacerse bajo la República por el general que había conquistado el territorio, asistido de diez miembros del Senado, designados por éste conforme a ciertas normas fijadas por la misma asamblea. El conjunto de estas disposiciones era la constitución política de la provincia *(lex provinciae)*. De España consta que no fué organizada definitivamente en esta forma hasta después de la destrucción de Numancia [1]. »

Una vez sometida la parte meridional de la península, la República estableció la primera división administrativa, harto desigual, en dos provincias : Bética y Tarraconense, o sea España Citerior y Ulterior. Ampliada la conquista, Augusto, con mejor criterio geográfico, dividió la península en tres provincias : Bética, Tarraconense y Lusitania. Repartidas, como vimos, las provincias romanas entre el emperador y el Senado (año 27 antes de la era cristiana), la Bética se constituye en provincia imperial y la Tarraconense y la Lusitania en provincias senatoriales.

« Otón incorporó a la Bética la provincia de África, nombrada Tingitania. Constantino, separando la Tingitania de la Bética, y los gobiernos de Galicia y Cartagena de la Tarraconense, dejó a la España divida en seis provincias y diócesis, a las cuales Teodorico o alguno de sus hijos añadió las Baleares [2]. » De suerte que, al fin del siglo v, eran siete las provincias españolas : Bética, Lusitania, Carthaginense, Galicia, Tarraconense, Tingitania y Baleares. Cuando la invasión de los bárbaros perseveraba esa división [3].

Desde Diocleciano, el Imperio Romano de Occidente se dividía

1. *Ibid.*, tomo I, págs. 204-205. Hinojosa cita a APIANO, *Iber.*, 99, y a WILSDORF, *Fasti Hispaniorum provinciarum*. en los *Leipziger Studien für classiche Philologie*, tomo I, págs. 67-68.

2. LAFUENTE, *Historia general de España*, Barcelona, 1888, tomo I, pág. 227.

3. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 205.

en dos *prefecturas:* la de Italia y la de las Galias. Esta última comprendía tres *diócesis:* la de España, la de las Galias y la de Bretaña. Cada diócesis se dividía en provincias. En la diócesis de España se estableció un vicario, el cual tenía bajo su mando a los gober nadores de las provincias, y estaba a su vez subordinado al prefecto de las Galias. Cuando Constantino separó definitivamente la autoridad militar de la civil, llamáronse *comites* (condes) los jefes que desempeñaban el gobierno militar de las provincias.

Las prefecturas eran gobernadas por un *prefecto del pretorio,* las diócesis por un *vicario* y las provincias por un *presidente.* Antes de la constitución de Caracalla, las atribuciones de esos magistrados variaban, naturalmente, según la condición política de cada una de las ciudades o pueblos comprendidos en su jurisdicción. Representantes de un gobierno centralizador y omnímodo, esos gobernantes provinciales eran, para nuestro criterio moderno, verdaderos tiranos, aunque, en verdad, no todos abusaron siempre de sus facultades.

El gobernador, puesto que asumía todos los poderes, civiles y militares, administraba justicia, fallando los litigios o pleitos, tanto de los romanos como de los naturales. Ayudábale un cuerpo de ciudadanos romanos, los más importantes de las provincias, quienes se reunían periódicamente en determinadas poblaciones, y tambien *jueces,* que unas veces eran romanos y otros indígenas. « Las reuniones de aquel cuerpo consultivo se llamaban *conventus,* y de aquí el nombre de *conventos* jurídicos que tomaron después los lugares donde se administraba justicia, cada uno de los cuales formó la capital de un distrito, análogo a los partidos judiciales de nuestros días [1]. »

La división de las provincias hispánicas para la administración judicial comprendía unos catorce conventos jurídicos o tribunales imperiales. En la Bética había cuatro, cuyas capitales eran *Corduba* (Córdoba), *Astigi* (Ecija), *Gades* (Cádiz) e *Hispal* (Sevilla);

1. ALTAMIRA, *Historia de España,* tomo I, pág. 116.

la Tarraconense siete, cuyas capitales eran *Tarraco* (Tarragona), *Carthago Nova* (Cartagena), *Caesar Augusta* (Zaragoza), *Clunia* (Coruña del Conde), *Lucus* (Lugo), *Bracara* (Braga) y *Asturica* (Astorga) ; y la Lusitania tres, cuyas capitales eran *Emerita* (Mérida), *Pacense* (Beja) y *Scalabis* (Santarem) [1].

§ 26

LA HACIENDA

La conquista de Roma y la política de Augusto produjeron una « nueva era de maravillosa prosperidad material. Poco a poco, en todos los países, las clases medias, que por doquiera habían sobrevivido a la destrucción de las oligarquías dirigentes, porque ellas no pueden ser en ninguna parte destruídas, comenzaban, sin mucho método seguramente, buscando cada una el beneficio inmediato, a sacar las ventajas que pudiese proporcionar el nuevo estado de cosas establecido en todo el mundo mediterráneo por la conquista romana. Roma había realizado una economía considerable de estados, y, por consecuencia, reducido en todo el Imperio los gastos políticos ; había dispersado y repartido en millares de manos los infinitos capitales que antes quedaban estériles en las campañas y los templos, y había distribuído las tierras, al abandonarlas a quienes explotaban sus bosques o sus minas ; había establecido en toda la cuenca del Mediterráneo lo que llamaríamos ahora un régimen de libre cambio ; había acercado naciones y regiones alejadas, que hasta entonces se ignoraban, el Egipto y la Galia, la Siria y las provincias del Danubio, la España y el Asia

1. ANTEQUERA, *Historia de la Legislación española,* apéndice II, págs. 623-627. Para esa reconstrucción de la división judicial de la España romana sigue a Plinio, libros II y III de la *Historia Natural,* según los estudios de A. Fernández Guerra.

Menor; había suprimido en el Mediterráneo y en las provincias los privilegios y las rivalidades de los antiguos potentados del comercio y la industria, abriendo a todo el mundo las vías del mar y de la tierra. El intercambio de mercaderías, de costumbres y de ideas, facilitado por esta nueva situación, tomó rápidamente, bajo Augusto, de un extremo al otro del Mediterráneo, proporciones a que no había alcanzado hasta entonces en ninguna época. Aprovechando las nuevas facilidades, cada provincia trataba de sacar de sí misma cuanto contenía de riquezas ocultas, y de venderlas hasta en las regiones más apartadas del vasto Imperio; el esfuerzo interior de producción crecía en todas partes, al mismo tiempo que la expansión del comercio [1]. »

Desgraciadamente, no llegó a prolongarse mucho tiempo tan próspera y feliz situación económica. Los sucesores de Augusto imitaron el antiguo fausto de los imperios orientales, llevando sus gastos y dilapidaciones a un grado no visto hasta entonces ni después en la historia de la humanidad. Como Italia no podía subvenir ni a una mínima parte del inaudito despilfarro de esa vida imperial, preciso fué echar mano de la riqueza de las provincias, agobiándolas bajo siempre crecientes impuestos y exacciones. Con la Sicilia y el África, por la abundancia de su producción agrícola, España era de las llamadas *nutrices*. El sostenimiento de la administración, la milicia y defensa del Imperio, todo era motivo para esquilmar a las provincias ricas, debilitando si no arruinando su comercio e industrias. A tal efecto se usaron diversos procedimientos fiscales: los impuestos ordinarios, las contribuciones extraordinarias, los empréstitos forzosos, la apropiación de tierras por parte del gobierno romano, el proteccionismo de las industrias itálicas, la explotación oficial de ciertas industrias, el pago de los servicios públicos. ¡Todo se hacía poco para cubrir tantos gastos!

« Los impuestos que pesaban sobre las provincias eran directos

1. FERRERO, *Grandeur et Décadence de Rome*, trad. franc., París. 1908, tomo VI, págs. 316-317.

e indirectos. Pertenecían a la primera clase la *capitatio* o impuesto personal y la contribución territorial *(stipendium)*, que había de pagarse en metálico o en especie. Los impuestos indirectos eran las aduanas *(portoria)*, el impuesto de transmisión de bienes por herencia *(vicesima hereditatum)*, el de la venta de esclavos *(vicesima libertatis)* y otros. Había también impuestos extraordinarios, como el destinado al sostenimiento de la armada, las prestaciones que se hacían a los gobernadores y otros semejantes. Al pago de los impuestos estaban obligados, no sólo los habitantes de las provincias, sino también los ciudadanos romanos que poseían bienes en el territorio provincial.

« Al organizar las provincias, Roma se reservaba como propiedad exclusiva una parte considerable del territorio y lo demás continuaba bajo el dominio de sus primitivos poseedores. El Estado solía arrendar, mediante un canon, parte de las tierras de su propiedad ; otras las vendía a los particulares, y a veces hacía donación de ellas a algún pueblo con quien la unían vínculos de alianza. El aprovechamiento de los terrenos destinados a pastos era cedido a los particulares, mediante el pago de un impuesto o canon especial. La exacción de las prestaciones debidas al Estado por este concepto, así como por el de arrendamiento de las tierras pertenecientes a él, estaba confiada por los censores a una clase de especuladores conocida con el nombre de publicanos *(publicani)*.

« La propiedad de los habitantes de las provincias sobre sus tierras era de distinta condición de la que tenían sobre las suyas los ciudadanos romanos. El Estado dejaba el disfrute del suelo así a las ciudades libres como a las estipendiarias, por concesión especial, la cual se hacía en virtud de ley o senadoconsulto, o meramente por edicto del general o gobernador de la provincia ; bien que en este último caso había de ratificarse la concesión por el Senado y el pueblo. Eran propiedad quiritaria las partes del Estado que éste concedía en plena propiedad a ciudadanos romanos, a diferencia del que tenían los pueblos y ciudades confederadas en su territorio nacional. Considerábase en cambio como mera

posesión el derecho que tenían, así los ciudadanos romanos como los peregrinos, sobre aquellas partes del territorio de que el Estado romano se había reservado la propiedad, cediendo la facultad de utilizarlo mediante un canon o impuesto permanente. Estas últimas estaban obligadas al pago del impuesto territorial [1]. »

La libertad de comercio reconocida a las provincias no impidió que Roma siguiera una política financiera marcadamente proteccionista. « El afán por favorecer la agricultura italiana, aun a costa de las provincias, llevó hasta el extremo absurdamente proteccionista de dificultar que se cultivase en algunas de éstas, sin duda en las que pudieran hacer a Italia mayor concurrencia, el cultivo del vino y del aceite ; y, de España, se sabe de cierto que durante algún tiempo estuvo prohibida en ella la replantación de viñas, hasta que esta prohibición fué levantada por el emperador Probo [2]. » Sin embargo, dada la forma familiar de la industria manufacturera de aquella época, el tal proteccionismo no podía asumir las proporciones del moderno. Se limitaba a prohibiciones, como la apuntada, que, por cierto, no llegarían a evitar que la industria vinícola se desarrollase también en España.

El Estado explotaba las minas, al menos las minas auríferas más ricas ; pero sin que ello constituyera verdaderamente un monopolio. « Las minas de plata de los alrededores de Carthago Nova, dice Estrabón, están hoy en plena explotación ; pero, como todas las otras minas de plata situadas en Iberia han cesado de pertenecer al Estado, para pasar a manos de los particulares, solamente las minas de oro han quedado en su mayor parte en propiedad del Estado [3]. » De esto se infiere que, por regla general, todas las minas pertenecían al Estado ; no pudiéndolas explotar él por sí mismo, se reservaba las de oro, o, entre éstas,

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 274-276.

2. *Ibid.*, tomo I, pág. 287. Cita a Cicerón, *De republic.* III, 9, e *Hist. Aug.*, Prob. 18, Cf. Aurel., Vict., *Epit.* 37.

3. Estrabón, III, 2, 10.

siquiera las más ricas [1]. Sin embargo, la cuestión no parece tan clara y sencilla. « Las minas que poseía el Estado en las provincias procedían de los dominadores anteriores, o habían ingresado en el fisco o en el patrimonio por confiscación o herencia, y a veces por compra [2]. » Parécenos que debe distinguirse ahí si se trata de minas de oro o de otros metales. En el primer caso, triunfa el principio regalista; en el segundo, el Estado sólo explotaba minas que había adquirido más bien como podría hacerlo un simple particular.

Los principales si no únicos servicios públicos se referían a la vialidad y el correo. Para la permanencia de la dominación romana y su disciplina hacíanse indispensables grandes y cómodos caminos públicos, como no los hubo en Europa hasta el siglo XIX, construídos con fines militares, de manera que por ellos pudieran trasladarse rápidamente de un punto a otro los ejércitos del Imperio. Sólo así habían de prestarse rápido auxilio en caso de revueltas y sublevaciones; de otro modo, las guarniciones y colonias romanas, aisladas en sus respectivas sedes, corrían el riesgo de perecer a manos de pueblos insurrectos. El correo, *cursus publicus,* por su parte, llevaba a tiempo las indispensables noticias, desde las más apartadas provincias hasta la ciudad de Roma. Estos dos servicios de vialidad y correo, importando ingentes sumas, costeábanse en principio por las provincias. Su objeto era la utilidad del Estado. Los caminos se aprovechaban también por el comercio, pues que nada se oponía a ello. El correo, en cambio, sólo servía para la correspondencia oficial; por excepción y raramente se concedía a ciertos personajes autorización para utilizarlo.

Además del erario público, existió el erario imperial, designado más propiamente con el nombre de *fiscus*. Estaba constituído « por

1. A conclusión semejante llega G. FERRERO, *op. cit.*, tomo VI, pág. 321. Cita, además de ESTRABÓN, III, 2, 10, a TÁCITO, *Annales*, VI, 19, y a SUETONIO, *Tiberio*, 49.

2. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 279.

los bienes de la propiedad privada del emperador, por los donativos y herencias que éste recibía frecuentemente de los particulares, por las crecidas cantidades en metálico que las ciudades le enviaban a veces, por los bienes de las personas de las provincias imperiales que morían sin dejar herederos y por el importe de las multas sobre el contrabando [1]. » Esta distinción entre el erario y el fisco « perdió mucha parte de su importancia desde que el emperador llegó a ser dueño de ambos y pudo disponer de ellos a su antojo, conservándose sin embargo la diferecia desde el punto de vista de la gestión y la contabilidad » [2].

Bosquejada así la política financiera y el sistema rentístico de Roma, pronto se advierte que la recaudación de impuestos y percepción de rentas implicaba la existencia de copiosísimos funcionarios y arrendatarios de impuestos y contribuciones, que, como inagotable nube de langostas, diezmaban permanentemente las provincias. Sin duda, ese excesivo régimen fiscal del Bajo Imperio retardó en todas partes el desarrollo de la cultura, fomentó el descontento, preparó el terreno al Cristianismo y debilitó y desangró a los pueblos, inhabilitándolos para que resistieran más tarde las invasiones y conquistas de los bárbaros.

§ 27

LOS MUNICIPIOS

Las antiguas agrupaciones humanas formaron, más que grandes naciones y pueblos, primero tribus y luego ciudades. Antes que gobiernos nacionales, en el sentido moderno de la palabra, existían gobiernos municipales. La ciudad era la entidad política por

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 277.
2. *Ibid.*, tomo I, pág. 278.

excelencia ; el Estado era el gobierno de la ciudad. La conquista romana coincidió generalmente con la decadencia del régimen municipal en las ciudades conquistadas ; de otro modo no se las hubiera podido someter con tanta facilidad.

En los primeros tiempos de la conquista, no puede decirse que Roma tuviera por sistema el aniquilamiento del régimen municipal en todas y cada una de las ciudades sometidas a su dominación. Habría que distinguir al respecto la forma en que se hubiese sometido la ciudad, y la calificación política que en consecuencia correspondía a la provincia. Pero, como ganaran terreno continuamente las costumbres e ideas romanas en las provincias, sobre todo en España, al dictarse la constitución de Caracalla se inaugura una época en la cual las municipalidades se organizan todas a la manera romana y con cierta uniformidad en sus autoridades y corporaciones.

En su sistema de conquista y dominación, Roma no adoptó el procedimiento de oprimir a los vencidos, salvo cuando se la ponía en la dura necesidad de escarmentarlos. Transigía con sus costumbres e instituciones, y respetaba casi siempre el régimen municipal. Aun en las provincias peor tratadas las ciudades se rigieron por sí mismas, con la sola limitación de someter a la aprobación del gobernador romano las decisiones que tomaran, así como el cálculo de sus gastos para fiestas y monumentos. El principio genérico era mantener la organización municipal, que se desenvolvía con completa libertad en las ciudades libres y confederadas y en las colonias, y se restringía moderadamente en la forma indicada en las ciudades estipendiarias.

Conforme se difundiera y arraigase la cultura latina, fueron las ciudades provinciales adoptando espontáneamente el sistema del gobierno municipal romano. Copiaban el modelo, reconociendo sus ventajas. De esta manera la administración municipal acabó por cimentarse en dos inconmovibles bases jurídicas : el gobierno propio de la ciudad y el sistema representativo.

Para comprender el régimen municipal es preciso recordar que

los habitantes de la ciudad se dividían en tres clases : ciudadanos *(cives)*, íncolas o domiciliados *(incolae)* y transeuntes *(hospites* y *adventores)*. « Pertenecían a la primera, así los hijos naturales y adoptivos de los ciudadanos, como los que habían obtenido el derecho de ciudadanía por acuerdo del Consejo municipal *(cives adlecti)*, y los esclavos manumitidos por ciudadanos. Eran íncolas los que, sin ser naturales de una población, tenían en ella su domicilio habitual, conservando el derecho de ciudadanía en su pueblo natal. Diferenciabanse de ellos los transeuntes en que la residencia de estos últimos no era habitual, sino accidental y transitoria. Ciudadanos e íncolas estaban igualmente obligados a sufragar las cargas municipales *(onera)* durante la República ; pero sólo los primeros podían ejercer las magistraturas [1]. »

« Las cargas que pesaban sobre los habitantes de cada municipio se dividían, por razón de su naturaleza, en personales y patrimoniales, y variaban según los lugares, los tiempos y las circunstancias. Su repartición la hacía el Consejo municipal respectivo *(Curia)*, y los que se creían perjudicados podían acudir en queja al gobernador de la provincia. Entre las cargas personales se contaban : la obligación de defender la ciudad contra sus enemigos, y ciertas prestaciones ordinarias y extraordinarias, exigidas unas por el Estado, como la de proporcionar bagajes para el material de guerra y el contribuir a los gastos que ocasionaba el correo, y destinadas otras a sufragar los gastos del municipio, como el envío de comisionados *(legati)* a Roma, los acopios de trigo, la conservación de los acueductos, baños y edificios públicos, la cobranza de los ingresos municipales y el sueldo de los jurados. Las principales cargas patrimoniales eran el alojamiento de los magistrados transeuntes y el de los soldados, el proporcionar caballos para la posta, y, sobre todo, el pago de la contribución que el municipio debía ingresar en el erario público, de cuyo importe respondían con su fortuna, no sólo los exactores o

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 239-240.

recaudadores, sino también los propietarios más acaudalados [1]. »

El régimen municipal era electivo. El conjunto de los habitantes de la ciudad, el *populus*, compuesto de ciudadanos e íncolas, votaba en los comicios, para elegir periódicamente a los magistrados municipales. A la cabeza del gobierno y administración de los municipios estaban ordinariamente los *duumviros*, sus dos magistrados superiores, a quienes auxiliaban dos *ediles*. Venían después varios otros magistrados de diferentes funciones y categorías.

Junto a esos magistrados electivos, existía el Concejo municipal, la *Curia*, llamada también *Senatus* y *Ordo*. La organización de este cuerpo estaba calcada del Senado romano, y constaba de un número considerable de ciudadanos, según la importancia de la ciudad y los respectivos estatutos municipales. « Era la Curia una asamblea consultiva deliberante y legislativa, cuyas decisiones hasta tal punto obligaban a los magistrados, órganos del poder ejecutivo en los municipios, que su inobservancia hacía incurrir a éstos en graves penas pecuniarias. El número de miembros cuya presencia se necesitaba para que fuesen válidos los acuerdos de la Curia era, según los casos, las dos terceras partes, la mayor parte o la mitad. El derecho de convocar y presidir el Consejo municipal correspondía a los duumviros, quienes proponían además a la Curia los asuntos de que habían de tratar [2]. »

Puede así concluirse que, en el Imperio Romano, bajo la dictadura política universal y el régimen de tributos o imposiciones económicas, se salvaron hasta cierto punto, en los municipios, los principios de libertad y aun de democracia. Si no hubieran existido los bárbaros, probablemente del desmembramiento del Imperio habría surgido un régimen harto distinto a la monarquía de derecho divino y el feudalismo. La organización municipal habría servido en cada región de base para la constitución de verdaderas repúblicas democráticas independientes, ya aisladas, ya

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 240.

2. *Ibid.*, tomo I, págs. 254-241.

confederadas, análogamente a lo que pasó tantos siglos después, al comenzar el XIX, en la América española, cuando las antiguas colonias rompieron el yugo de la madre patria.

§ 28

ESTADO SOCIAL

El estado social de los pueblos ibéricos no se modificó fundamentalmente con la conquista romana; lejos de ello, siguió su natural evolución. Con los consiguientes perfeccionamientos de la técnica y la mayor cultura se acentuó y complicó la división de clases. Produjéronse corporaciones y sociedades. Nació el *colonato,* institución intermedia entre la esclavitud y la libertad, propicia tanto a facilitar en los campos la vida de los plebeyos y pobres, cuanto a los intereses de los grandes propietarios o latifundistas.

Clases sociales. — Los romanos confirmaron las diferentes clases sociales que existían entre los indígenas españoles, creando luego otras nuevas. « En primer lugar distinguían los hombres en dos grandes clases: esclavos y libres. Los esclavos eran, generalmente, o prisioneros de guerra, o extranjeros vendidos (incluso negros de África, que ya fueron empleados entonces como esclavos); pero también lo podían ser ciudadanos que perdían por eso su condición. Estos esclavos — que eran a modo de criados forzosos, sujetos en un todo a su amo, a quien se reconoció hasta el derecho de vida o muerte sobre ellos, — no tenían con su señor otra relación que la personal de servirle y obedecerle. Los esclavos romanos podían ser declarados libres (libertos), y formaban entonces una clase superior, pero no igual a la de los hombres que no habían estado nunca en esclavitud. Entre los libres, la jerarquía contaba varios grados, que fueron modificándose con el tiempo. Fundamentalmente, estaban de un lado los aristócratas o *patricios,* y de otro

el pueblo *(plebs)*; luego vinieron las diferencias entre ciudadanos, latinos, extranjeros, etc., cada uno de cuyos grupos tenía diversa consideración social. En las ciudades, los magistrados y miembros de la Curia formaban las clases privilegiadas y superiores. Luego seguían los propietarios ricos y los comerciantes que no pertenecían al gobierno local; detrás de estos, los *artífices*, es decir, los que desempeñaban profesiones de las que llamaban los romanos *liberales* (pintores, arquitectos, cinceladores, médicos, etc.), y detrás aun los obreros, es decir, los que ejercían profesiones *manuales* o no liberales [1]. »

Hacia los últimos tiempos de la dominación romana, en los siglos III y IV, la situación de las clases sociales se modificó sensiblemente. Persistió la división en esclavos y libres, y los libres se distinguieron siempre en artífices, comerciantes, propietarios territoriales *(possesores)* y nobles. Pero la situación de los esclavos mejoró, en virtud de las doctrinas estoicas primero y luego del Cristianismo, empeorando, en cambio, la de lo que ahora llamaríamos la clase media. Los oficios de los artesanos se hicieron hereditarios, de modo que el hijo no podía tener uno distinto al del padre. Como veremos, las corporaciones acabaron por ser obligatorias y se instituyó y generalizó el colonato. Mientras el pueblo tanto perdía en libertades y se empobrecía más y más por los impuestos y las circunstancias de la vida económica, aumentaba la riqueza y poderío de la clase superior, cuyo principal elemento eran los altos cargos políticos y administrativos [2].

Las corporaciones o sociedades. — Notable adelanto en las ideas sociales de la época implicó la formación de corporaciones o sociedades, llamadas *collegia* y *corpora,* de los obreros, y aun de personas de otras clases, como los comerciantes. Agrupábanse en ellas todos los trabajadores de un mismo oficio o empleo, pudiendo figurar los esclavos. « La creación de estas sociedades fué

1. ALTAMIRA, *op. cit.*, tomo I, págs. 128-129.
2. *Ibid.*, tomo I, págs. 129-130.

enteramente libre en un principio; pero necesitaban para fundarse permiso de la autoridad, que ejercía sobre ellas cierta inspección. Tenían las corporaciones domicilio social o local propio, un patrono o dios tutelar y celebraban fiestas religiosas o banquetes [1]. » También se formaron asociaciones de carácter benéfico, recreativo y religioso.

Al tiempo que se hacían hereditarios los oficios, las corporaciones de obreros o artesanos hiciéronse obligatorias. Pesó también sobre ellas el despotismo del Estado; de este modo el trabajo en oficios liberales y manuales perdió de hecho su libertad. Igualmente vino a perderlo, aunque en otra forma, como veremos en seguida, el trabajo rural de los agricultores antes pequeños propietarios o arrendatarios.

El colonato. — La institución del colonato romano consistía en la renuncia que hacía un hombre libre de su libertad, la cual enajenaba relativamente a favor de un propietario territorial, cuyas tierras se obligaba a cultivar, constituyéndose en cierto modo en parte integrante de ellas. Quedaba obligado a pagar al propietario una renta anual *(canon)*, consistente en frutos o en dinero, así como también a veces a prestarle servicios rurales o domésticos. Bastaba para formalizar el contrato que manifestase su voluntad ante los magistrados municipales; aunque no la hubiese manifestado, después de treinta años de hallarse en esa situación se consideraba igualmente perdida su libertad para toda la vida. Le estaba prohibido huir, así como a otros propietarios el recibirle en sus fundos; esas faltas se castigaban como delitos ya en el Código Teodosiano [2]. Si bien adscriptos a la tierra, el propietario podía trasladar a los colonos de un fundo a otro, de lo cual se infiere que

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 129.

2. V, IX, 1. En punto a las disposiciones legales sobre el colonato, véase FUSTEL DE COULANGES, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire (Le colonat romain)*, págs. 87-97. En punto a otros textos relativos a esa institución véase esa misma obra, págs. 3-86.

su obligación estribaba fundamentalmente en proporcionarles tierra para que la cultivaran. Al vender la heredad el propietario pasaba al adquirente sus derechos sobre los colonos. El emperador los tenía también para el cultivo de sus tierras. Esencialmente, la condición jurídica de todos los colonos era la misma; pero, tanto los propietarios como el emperador, acostumbraban poner al frente de sus explotaciones agrícolas a alguno de los colonos, designado al efecto. Estos capataces o mayordomos se llamaban *actores, conductores* o *procuratores,* viniendo a tener de hecho una posición superior a la de aquéllos a quienes dirigían. Las distinciones necesarias para la división y dirección de los trabajos establecían así una especie de jerarquía puramente privada, como ocurría con los esclavos, especialmente de los grandes señores.

Fácilmente se advierte que la condición del colono era desde todo punto de vista superior a la del esclavo. Éste pertenecía al amo, y aquél más bien al suelo del amo. Quedaba así el colono en su patria, en su habitual residencia, y no se le podía obligar sino a las faenas de laboreo y pastoreo a que estaba habituado. De ahí que el proletario rural, antes que venderse como esclavo en el mercado público, prefiriese la situación del colono, que al fin y al cabo no constituía una esclavitud, sino un estado intermedio entre ella y la libertad. « Condición característica del colono era haber de pagar al Estado un impuesto personal *(capitatio humana).* Podía obligársele también al servicio militar; bien que entonces, y a veces por entrar en el ejército, o por servir en él cierto tiempo, se libraban él y su padre, madre o mujer del impuesto personal. El señor era responsable del pago de este impuesto, además de pagar el impuesto que pesaba sobre la heredad [1]. »

Lo más típico y propio del colonato era, en suma, la adscripción del colono a la tierra. « No podían los colonos por ningún motivo separarse de la tierra a que estaban adscriptos; antes bien, el señor podía hacer volver a su tierra al que de ella se ausentaba;

1. Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, págs. 268-269.

auxiliándole en este punto la ley, que conminaba con crecida multa a los que acogían al colono fugitivo. Podía el señor vender o transferir por cualquier título a otra persona la propiedad del colono, juntamente con el terreno; pero no le era lícito en manera alguna disponer de él separadamente. Permitíasele, sin embargo, cambiarlo y trasladarlo de una a otra de sus heredades. La ley protegía a los colonos contra los atropellos de sus dueños, prohibiendo a éstos que les aumentasen la renta acostumbrada, y autorizando al colono para intentar una acción contra el señor que pretendía violentarlo en esta forma. No carecían de la facultad de adquirir y podían disponer de su fortuna, si obtenían para ello el permiso de su amo. Las leyes favorecían el colonato como forma la más acomodada en aquellos tiempos para el progreso de la agricultura, autorizando el ingreso voluntario en esa clase [1].» De tal manera conseguía el Estado que los labradores menesterosos no abandonasen el campo y se hicieren vagabundos. Los mantenía en su trabajo y lo regularizaba, facilitando la recaudación de los impuestos, que entonces se cobraban a los señores, siempre pudientes y responsables.

Mucho se ha discutido sobre el origen de esta institución, tan difundida en los tiempos del Bajo Imperio. «Según unos se deriva de la servidumbre germánica. Piensan otros que los romanos la tomaron de los egipcios y la trasladaron a las demás provincias del Imperio; no faltando quien relacione la condición de los colonos con la de los agricultores de las provincias antes de ser dominadas por Roma, los más se inclinan a datar esa institución del establecimiento de los bárbaros, reducidos a esta situación al asignárseles tierras en territorio del Imperio para suplir el decrecimiento de la población agrícola [2].» Lo probable es que, de consuno, hayan influído en la institución complejos antecedentes romanos, germánicos y quizá también orientales.

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 269.
2. *Ibid.*, pág. 267.

Las verdaderas causas son más inmediatas. No ha de olvidarse que la institución es de orden privado, habiéndose fundado anónimamente, como por sí misma. El gobierno no la reglamentó sino bastante más tarde ; antes que establecerla, limitóse a reconocerla y darle consistencia legal. Otorgó sanción jurídica a una situación de hecho ya segura y extensamente arraigada [1].

Las causas del colonato se hallan en la división de la propiedad territorial y en el estado social de la época. « La pequeña propiedad era rara. Lo que prevalecía era el gran dominio, el latifundio, con su numeroso personal, en parte servil. Apenas podía sostenerse la pequeña propiedad junto a la grande. No era solamente porque ésta tenía mayor número de labradores, pastores o viñateros ; era acaso más porque contaba con todos los artesanos necesarios, molineros, carpinteros, carreteros. El pequeño propietario quedaba bajo la dependencia del grande, aunque sólo fuera por sus instrumentos de trabajo. Era lo que hoy sería un obrero que, entre las grandes usinas, trabajara solo. Mal surtido de herramientas, pagándolo todo más caro, vendiéndolo todo más mal, exponiéndose en mayor proporción, perdiendo mucho tiempo y esfuerzo sin provecho, se empobrecía poco a poco, y su tierra también enflaquecía y se esterilizaba en sus manos [2]. » Imposibilitado para sostenerse en tan desventajosa posición, acababa por refugiarse en el colonato, « como en un asilo ».

En nuestros tiempos, cuando se extrema el malestar económico, el pueblo puede influir a fin de que el gobierno mejore sus condiciones de vida, cambiando o reformando su política financiera. Cuenta para ello con la influencia de la opinión pública y el gobierno representativo más o menos parlamentario ; si no consigue sus propósitos pacíficamente, también le es dado reclamarlos por vía de huelgas y revoluciones sociales. Y, en último caso, siendo impotente o incapaz el gobierno para producir la anhelada re-

1. Fustel de Coulanges, *op. cit.*, pág. 138.
2. *Ibid.*, págs. 142-143.

forma, o el pueblo para rebelarse, o bien cuando ninguno de ambos procedimientos surtan efecto, queda al proletariado el supremo remedio de emigrar a países donde le sea más fácil la lucha por la vida. En la edad antigua, bajo la dominación romana, el pueblo de las provincias, aunque interviniese en la administración municipal, no tenía fuerza de opinión para pedir mejora en la política financiera, ni armas y medios de sublevarse, ni tampoco le quedaba el recurso de emigrar, pues que todo el mundo conocido vivía en condiciones semejantes y el extranjero era hostilmente recibido. Debía así resignarse a la opresión y a su triste suerte. Pero es el caso que, aun resignado, hacíasele a veces imposible la existencia al hombre libre, dados los impuestos que debía pagar al erario y las cargas del municipio. A estos males se agregó más tarde el de las continuas incursiones de los bárbaros, que robaban las cosechas, talaban los campos y hacían aún más difícil e insegura la situación de los infelices labradores. Entonces no hallaban éstos más salvación que renunciar a su independencia, tácita o expresamente, por medio de la institución romana del colonato. Esta institución, viniendo a constituir el mejor refugio del hombre libre y muy pobre, pues que era siempre preferible a la esclavitud, resultó también beneficiosa para los señores y aun para el erario. El trabajo del colono reemplazaba con ventaja al del esclavo, aumentando la producción, y, por ende, las entradas fiscales ; además, facilitaba el cobro del impuesto de capitación que pagaba el señor por el colono.

En el fondo, el colonato implicó substituir, para dominios extensos, el antiguo cultivo que se hacía en masa por manos serviles ; vino a reemplazarlo el sistema del pequeño cultivo por mano de los colonos y sus familias. En una época en que no se conocían las máquinas agrícolas, este sistema ofrecía señaladas ventajas sobre aquél. « Pues dos grandes hechos económicos, en la época que nos ocupa, han reinado en la existencia de los hombres. El uno fué el predominio incesante de la gran propiedad sobre la pequeña ; el otro, en el interior de cada propiedad domi-

nical, el predominio del pequeño cultivo libre sobre el gran cultivo servil. De estos dos hechos, el segundo fué el correctivo del primero [1]. »

Se ha dudado si el colonato romano existió realmente en España, pues faltan testimonios coetáneos. Fustel de Coulanges [2], Cárdenas [3], Hinojosa [4] y Pérez Pujol [5] creen firmemente en su existencia. Contra estas opiniones la niega Costa, quien piensa que el colonato adscripticio no penetró en España hasta después del siglo v. Su definición en los *Etymologiarum Libri* de San Isidoro y su mención en el Concilio II de Sevilla no lo prueban forzosamente [6]; pueden siempre explicarse por el conocimiento que se tenía de esa institución existente en otras provincias del Imperio, como África y las Galias. Encuentra también Costa que los siervos de la gleba de los pueblos ibéricos tenían una situación privilegiada, que hacía incompatible esta servidumbre con el colonato romano [7].

Sin embargo, no son los citados por Costa testimonios únicos de que el colonato romano existía en España en tiempo de los visigodos. Pueden igualmente aducirse las actas del Concilio de Braga [8], así como ciertas fórmulas visigóticas [9]. Aparte de la *Lex*

1. *Ibid.*, pág. 144.

2. *Op. cit.*, pág. 155.

3. *Ensayo sobre la Historia de la Propiedad territorial en España*, Madrid, 1873, tomo I, págs. 174-183.

4. *Op. cit.*, tomo I, págs. 267-269 : *Sobre Historia del Derecho español*, en los *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales*, Buenos Aires, 1912, págs. 535-539.

5. *Op. cit.*, tomo IV, págs. 230-245.

6. COSTA, *Estudios ibéricos*, pág. 10.

7. *Ibid.*, págs. 10-11.

8. HINOJOSA, *Sobre Historia del Derecho español*, pág. 536. Fustel de Coulanges cita también « el concilio de Toledo de 619 ». FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, pág. 155. Debe referirse al Concilio II de Sevilla, reunido ese año.

9. ROZIÈRE, *Formules wisigothiques inédites publiées d'après un manus-*

romana Wisigothorum, el *Liber Iudiciorum* trae disposiciones que evidentemente se refieren a dicha institución [1].

Para nosotros debe considerarse fuera de duda la existencia del colonato adscripticio en los últimos tiempos de la España romana. Los citados testimonios la prueban en la época visigótica. Pues bien, los visigodos no pudieron importarlo, porque, por su carácter de adherencia a perpetuidad al suelo, eso no se halla con tales modalidades en el derecho germánico, siendo impropio de las costumbres de este pueblo y sus frecuentes cambios de estancia. Por lo demás, indubitable su realidad en otras provincias del Imperio Romano, como en África y las Galias, debió igualmente existir en España, cuyas circunstancias económicas eran semejantes [2]. En cuanto al principal argumento aducido por Costa, la servidumbre de la gleba en los antiguos pueblos ibéricos, no nos parece que tenga aquí importancia tan decisiva. Verdad es que su existencia anterior, siendo más favorable a los trabajadores, pudo retardar la implantación de la institución romana. Probable es que así fuera en España, respecto de África y las Galias. Pero, desde los comienzos de la dominación romana, las circunstancias económicas de la vida del pueblo fueron cambiando tan hondamente, que resulta aceptable la hipótesis de que esa primitiva servidumbre de la gleba de los iberos se transformase, en definitiva, en el colonato de los romanos.

crit de la Bibliothèque de Madrid, París, 1854, fórmulas II, III, IV y V. Citadas por CÁRDENAS, *op. cit.*, tomo I, página. 175.

1. *Liber Iudiciorum*, X, II, 15, y V, III, 14 y 20. CÁRDENAS, *op. cit.*, tomo I, págs. 176-177. Así, no es del todo exacto la observación de Fustel de Coulanges cuando dice que esa compilación « no menciona a los colonos ». FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, pág. 155. Aunque sin darles ese nombre, los trata de hecho, llamando al colono *accola*. Véase, por ejemplo, la primera ley citada : X, II, 15.

2. HINOJOSA, *Sobre Historia del Derecho español*, págs. 536-537.

§ 29

LA DIFUSIÓN DEL DERECHO ROMANO

Los grandes imperios orientales, como el egipcio y el asirio, no eran en definitiva otra cosa que « imperios perceptores de tributos ». A pesar de sus imposiciones y crueldades, no legislaban ; no intervenían en la vida cotidiana, civil y religiosa, de las poblaciones vencidas y conquistadas ; se contentaban con cobrarles impuestos, por cierto exorbitantes. El « estatuto real » y « riguroso edicto » que se ha conservado como modelo de « la Ley de los medos y los persas que no cambia », no es una verdadera ley, en la acepción jurídica de la palabra ; antes bien una norma general para la imposición de tributos a las poblaciones conquistadas [1].

Roma amplió y sobreevolucionó ese sistema antiguo todavía bárbaro. « Hay muchas razones para creer que del Imperio Romano han partido las influencias que provocaron inmediata o ulteriormente la formación de Estados poderosamente centralizados, que despliegan una actividad legislativa. Igualmente fué el primer Estado que no se contentó con gravar con impuestos, sino que además acometió la tarea de legislar. Este progreso ha sido obra de varios siglos. Si se necesitara marcar con una fecha aproximada su punto de partida, hasta el de su completa difusión, pondría el primero en la promulgación de su primer *edictum provinciale,* y el segundo en la extensión del derecho de ciudadanía a todos los súbditos del Imperio ; pero nadie duda de que los primeros síntomas de tal cambio se han producido mucho más pronto, y que, bajo ciertos respectos, sus progresos se han continuado mucho más tarde. Su resultado ha sido que se hayan abrogado y reem-

1. SUMNER MAINE, *Las Instituciones primitivas,* trad. esp., Madrid, pág. 544.

plazado con nuevas instituciones una cantidad enorme de diversas costumbres. Considerado bajo este aspecto, puede decirse que es descripto con precisión el Imperio Romano en la profecía de Daniel. Ha devorado, destrozado y hollado con sus pies a todo lo demás [1].»

Habría sin embargo evidente exageración si se tomara al pie de la letra la profecía de Daniel. « ... El cual reino será más grande que todos los otros reinos ; y a toda la tierra devorará, y la hollará y la despedazará [2]. » Verdad es que Roma sometió el mundo entonces conocido a su imperio ; pero no lo es que atropellara en todos los pueblos sus usos y leyes. Lejos de eso, en sus primeros tiempos, y puede decirse hasta el fin de la República, su norma fué respetarlos. En vez del citado texto del Antiguo Testamento, recuérdense a aquéllos del Nuevo donde se refiere la actitud de Poncio Pilato en el proceso a Jesús. Viendo que nada puede contra la irritación de los judíos, se lava las manos [3], y dice : « Tomadle vosotros y juzgadle según vuestra ley [4]. » Es decir, que el magistrado romano no aplica ahí la ley romana, por la cual hubiera absuelto a Jesús, según su conciencia y sus deseos ; se limita a ejecutar, con visible repugnancia, lo que los judíos resolvían según su ley nacional.

La conquista romana tuvo al principio un carácter preponderantemente económico, como la de los imperios orientales. No substituía ella nada en el derecho privado de los pueblos vencidos ; les dejaba sus instituciones, tolerándolas, lo que hasta cierto punto era como ordenarlas. Sólo reformaba el derecho público, el régimen municipal. Esto se hace ya de una manera más decisiva y sistemática después de la República, en los tiempos del Imperio. Entonces, no sólo por la conquista romana, sino también por muchas y muy complejas causas, ese régimen estaba por doquiera en

1. *Ibid.*, pág. 351.
2. Daniel, VII, 23.
3. Mateo, XXVII, 24.
4. Juan, XVIII, 31.

mortal decadencia, lo cual facilitó considerablemente la dominación, que no hizo más que darle último golpe [1].

« Cuando Roma conquistaba un país, mandaba a él uno de sus ciudadanos ; hacía del país la *provintia* de este hombre, es decir, su cargo, su cuidado propio, su asunto personal ; tal era el significado de la palabra *provintia* en la antigua lengua. Al mismo tiempo confería a tal ciudadano el *imperium ;* esto significaba que ella se despojaba en su favor, por un tiempo determinado, de la soberanía que poseía sobre el país. Desde entonces ese ciudadano representaba en su persona todos los derechos de la República, y, a ese título, era señor absoluto. Fijaba la cifra del impuesto, ejercía el poder militar, administraba justicia [2]. » Al mismo tiempo Roma, que tenía sus dioses municipales, adoptaba oficialmente entre los suyos los de la ciudad conquistada, sin que ésta pudiese, en reciprocidad, adoptar los de su metrópoli. Con ello se simboliza el institucionamiento del Imperio Romano sobre la ciudad y el país conquistados [3].

Todo esto en orden al derecho público. En orden al derecho privado, especialmente a la legislación de la familia, torpe hubiera sido de parte de los romanos querer imponer sus instituciones a viva fuerza y desde el primer momento. Sin sacar de eso ningún provecho inmediato, sólo hubieran conseguido irritar a los pueblos vencidos, estimulando nuevos sacudimientos y resistencias ; nada fuera más peligroso que herir a esos pueblos en sus más arraigadas tradiciones y sentimientos de hogar y familia. Como sus dioses, había que dejarles sus costumbres privadas, que en nada afectaban a la dominación política y el cobro de tributos. El hecho de que Roma permitiese la vigencia del derecho local, implica, de una manera implícita, que ordenaba su cumplimiento. Es el caso de aplicar aquí también la máxima con que los juristas

1. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique,* pág. 444.
2. FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique,* París, 1895, pág. 444.
3. *Ibid.,* pág. 431.

de la escuela analítica inglesa explican la validez del *common law* en relación a la soberanía del monarca: « Lo que el soberano permite lo manda [1]. »

Si el derecho privado romano se infiltra a la larga, entrando como indirectamente en las provincias, sobre todo en Grecia, las Galias y España, débese ello a la superioridad de su técnica y a las necesidades sociales de esos pueblos conquistados, quienes fueron adoptándolo poco a poco. Los romanos, lejos de imponerlo, más bien trataron en un momento de retenerlo, como a sus dioses. ¡ Fué el derecho el que se impuso por sí mismo ! Los pueblos conquistados lo practicaron, lo pidieron, lo reclamaron, hasta que Roma, aceptando una situación de hecho traída por la fuerza de las cosas, lo cedió a cierta categoría de súbditos, lo reconoció a algunas ciudades, y, por último, lo implantó en todos sus dominios. Extendióse en ellos como, sobre una hoja de papel, una gota de aceite que cae, forma primero brevísima salpicadura, y luego va dilatando y ensanchando silenciosamente sus bordes, hasta cubrir toda la hoja.

Bajo el dominio imperial se operó lentamente la romanización de España. Por grados y regiones fueron penetrando la técnica, el comercio, las ideas, la lengua, la ética de los romanos, y ello por un lógico fenómeno de contacto y progreso, sin que mediara una imposición oficial y repentista. « Imponer a un pueblo extraño por medio de decretos o leyes la propia civilización, no se avenía bien con la táctica hábil y hasta cierto punto tolerante de los romanos, dispuestos siempre a respetar la organización peculiar de los territorios conquistados, mientras que ella no ofreciese peligro alguno desde el punto de vista político. La cultura romana arraigó en las provincias más ó menos rápidamente y con mayor o menor intensidad, según las condiciones del suelo y el carácter de los habitantes. Por lo demás, la política de Roma, para consolidar su dominación sobre los pueblos vencidos, fué muy diversa según los

1. SUMNER MAINE, *op. cit.*, pág. 325.

tiempos y las circunstancias, y distó mucho de acomodarse a un patrón común para todas las regiones [1]. »

El proceso de romanización de los pueblos peninsulares fué paulatino, y Bética, la región de España que primero se amoldó a los usos y costumbres romanas. « Los Turdetanos, sobre todo en las orillas del Betis, dice Estrabón, se han convertido enteramente a la manera de vivir de los romanos, hasta renunciar el uso de su idioma nacional; y como, además, muchos de ellos han sido agraciados con el *ius Latii,* y han recibido en sus ciudades en muchas ocasiones colonias de Roma, poco falta ya para que todos ellos se conviertan en romanos. La existencia de colonias tales como Pax Augusta, entre los Celtici, Augusta Emerita, entre los Túrdulos, y otras semejantes, muestra bastante, en efecto, el cambio que se ha verificado en la constitución política del país. En general se designa bajo el nombre de *togati* a todos los pueblos de Iberia que han adoptado este nuevo género de vida, y aun los Celtíberos mismos son hoy en día de este número, bien que durante mucho tiempo hayan sido reputados los más feroces de todos [2]. »

Después de los Turdetanos de Bética, se fueron gradualmente romanizando los Carpetanos, Lusitanos, Galaicos, todos los demás pueblos de la península, y, aunque no tan profunda y decisivamente, también los mismos Astures y Cántabros. Resultado de ello fué, a la vuelta de dos o tres siglos, una cierta generalización de la cultura, por otra parte semejante a la que adquirieron los pueblos de la Galia. No étnica sino moralmente fueron romanizados esos pueblos del Mediodía de Europa que después se han calificado de « latinos ».

Culminó el proceso de romanización con la célebre constitución

1. Hirschfeld, *Lyon in der Römerzeit,* Viena, 1878, págs. 3-4. Citado por Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, págs. 125-126.

2. Estrabón, III, 2,15. Citado por Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, pág. 129 130.

del emperador Caracalla (de 212 a 217), que extendió a todos los pueblos de la dominación romana el derecho de ciudadanía. Tuvo ello un doble objeto : interesar a esos pueblos en la defensa común de un Imperio que ya difícilmente podía mantenerse cohesivo y orgánico frente a los bárbaros, y aumentar los ingresos fiscales. Dentro del régimen económico del Imperio, los derechos de aduana y de sucesión pesaban sólo sobre los pueblos de Italia. En cambio, éstos estaban exentos de las gravosísimas contribuciones sobre las tierras y las personas que pesaban sobre las provincias. La constitución de Caracalla no libertó de estas contribuciones a los moradores de las provincias, pero les impuso además los derechos de aduana y de sucesión.

En los primeros tiempos de la dominación romana quedaron subsistentes las costumbres indígenas de las provincias. Aun en el orden político, las ciudades libres y confederadas mantuvieron el derecho de gobernarse según sus instituciones, que fueron respetadas por el Senado romano. De ahí que los gobernadores de las provincias se vieran obligados a aplicar el derecho indígena, especialmente en materia civil. El derecho romano venía entonces a hacer como de legislación subsidiaria. Su genérica superioridad técnica, que tanto mejor se amoldaba a las nuevas costumbres, tenía que ganar terreno en el concepto popular, de modo que con el tiempo fuéronse modificando las instituciones locales, hasta sobreponerse verdaderamente el derecho romano al indígena y tradicional.

La concesión del derecho de ciudadanía otorgada por Caracalla a todos los habitantes de las provincias no concluyó repentinamente con el derecho indígena ; éste se continuaba aplicando en la medida reclamada por las costumbres. Su absorción y substitución fué obra de muchos años ; en la cual cooperó, por una parte, la acción de los jurisconsultos, estudiando y comparando los distintos sistemas jurídicos, y, por otra, la acción de los emperadores, especialmente de Diocleciano, quien se esforzó en dar al Imperio unidad legislativa, de modo que, por lo menos, los asuntos importantes se resolvían según el derecho romano.

Contribuyó grandemente a su difusión la actividad comercial de aquellos tiempos. Los ciudadanos de Roma recorrían las provincias en empresas de lucro y enriquecimiento; tenían tratos frecuentes con extranjeros, a cuyos actos se aplicaba el *ius gentium*. Esto preparó también el terreno para la futura adaptación del derecho romano. Por otra parte, muchas disposiciones del antiguo derecho romano, inaplicables en las provincias, cayeron naturalmente en desuso. Vino así a modificarse ese antiguo derecho, y a generalizarse el nuevo derecho imperial, hasta el punto de que se perdiese y olvidara casi por completo el indígena, en los últimos tiempos de la dominación.

La difusión del derecho romano produjo, sin duda, con la generalización de sus instituciones y su técnica, un verdadero progreso en el derecho privado universal; pero no puede decirse lo mismo del derecho público, especialmente del político. « Todo el movimiento de la historia romana en las provincias, hasta los tiempos de Caracalla, consiste en la elevación gradual de los provinciales al nivel de los ciudadanos romanos, de las *civitates stipendiariae* al nivel de Italia, igualada antes a Roma. Pero cuando, en el orbe romano, todos fueron ciudadanos, no había ya libertad en Roma. La libertad política, que en el mundo antiguo apareció siendo las *civitas* el órgano del Estado, se ejercía mediante el régimen plebiscitario, el gobierno del pueblo por el pueblo, como ahora se dice, practicado en los comicios. Cuando el Estado no fué una ciudad, sino una nación, Italia, cuando todos los italianos fueron ciudadanos romanos, el régimen plebiscitario se hizo imposible [1]. ¿ Cómo reunir en frecuentes comicios en Roma a todos los habitantes de Italia ? Y no habiendo acertado a constituir el régimen administrativo, el Imperio, traído por las luchas del patriciado y de la plebe, acabó con la libertad política. Entonces llegaron los provinciales a ser ciudadanos romanos para vivir bajo la servidumbre, no para dis-

1. MARQUARDT, *Organisation de l'Empire Romain*, trad. de Weiss y Lucas, tomo I, págs. 57-58.

frutar derechos ni garantías, oprimidos por la contribución gubernamental que iniciaba la decadencia del mundo antiguo [1] ».

§ 30

FUENTES DEL DERECHO

Las fuentes del derecho en la época romana pueden clasificarse en tres grupos : 1° el derecho consuetudinario ibérico ; 2° el derecho romano en general ; 3° el derecho romano especial de España.

El derecho consuetudinario ibérico. — « La subsistencia de las instituciones jurídicas regionales y locales en las varias provincias del Imperio, después de sometidas a la dominación romana, está comprobada por numerosos testimonios. En el orden político conservaron el derecho a gobernarse por sus leyes e instituciones propias las ciudades confederadas y las libres, en quienes el Senado romano respetó la autonomía jurídica y administrativa, y aun las estipendiarias. Los gobernadores de las provincias tuvieron necesidad de aplicar el derecho indígena en determinados casos, y eran responsables de la conculcación de sus preceptos. Rigieron, pues, especialmente en materia civil, las legislaciones y las costumbres locales, si bien el derecho romano hizo respecto de ellas el oficio de legislación subsidiaria, y aun vino en ocasiones a modificar sus preceptos [2]. »

El derecho romano en general. — La constitución de Caracalla, concediendo el derecho de ciudadanía a todos los súbditos del Imperio, no llegó a abolir de hecho la aplicación de todo derecho local. Las costumbres ibéricas continuaron aplicándose por los natura-

1. PÉREZ PUJOL, *Historia de las Instituciones sociales de la España goda*, tomo I, págs. 143-144.

2. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 138-139.

les, al menos donde eran más castizas y arraigadas [1]. « Diocleciano se esforzó por dar al Imperio la unidad legislativa, difundiendo cada vez más en las provincias la aplicación práctica del derecho romano, singularmente en los asuntos de importancia ; pues en los de escasa monta subsistieron en vigor, bajo su reinado, los estatutos municipales y las costumbres regionales o locales [2]. Adelantó grandemente en esta obra de unificación, en que habían colaborado activamente los emperadores Adriano, Septimio Severo, Caracalla y Alejandro Severo especialmente, sirviéndose al efecto de los miembros de su consejo imperial, que resolvían conforme a la jurisprudencia tradicional las cuestiones que se le sometían de todas las regiones del mundo romano [3]. »

Mientras el esfuerzo de los emperadores, para difundir el derecho romano, chocase con las formas antiguas y tradicionales de la vida social en las provincias, quedaría relativamente estéril. Fueron en realidad las nuevas costumbres y necesidades de los pueblos, nacidas al contacto de la civilización romana, las que mayormente determinaron tal difusión. Las actividades del comercio y la frecuencia de los viajes trajeron por fuerza la continua aplicación, entre peregrinos y ciudadanos romanos, del *ius gentium,* el cual, por su parte, amplió y precisó sus preceptos. « De aquí el origen progresivo y desarrollo del *ius gentium* civil, o sea del derecho civil romano cosmopolita, que no hizo ya depender la participación en sus preceptos de la cualidad de ciudadano de Roma, sino que los extendió a todos los hombres libres, sin acepción de nacionalidad, regulando así las transacciones mercantiles como los delitos privados ; creando una base jurídica para el matrimonio entre ciudadanos romanos y peregrinos ; ofreciendo en el procedimiento formular un

1. *Ibid.,* tomo I, pág. 140.

2. Cucq, *Le Conseil des Empereurs, d'Auguste à Dioclétien,* París, 1884, págs. 501-503. Citado por Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, pág. 140.

3. Cucq, *op. cit.,* págs. 499 y siguientes. Citado por Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, pág. 140.

medio excelente para hacer valer todos esos derechos ; y desarrollando además sus preceptos en armonía con los principios de la equidad, no sólo ajenos sino contradictorios de los que informaban el *ius civile* en sentido estricto, o sea el antiguo derecho quiritario [1]. »

Las nuevas prácticas y necesidades, la difusión del *ius gentium*, la gradual y profunda romanización de España, la ciudadanización de todos los súbditos del Imperio, la atenuación de la posición privilegiada de Roma e Italia, todo contribuyó, hacia fines de la época imperial, a la caducidad de las costumbres locales y la completa generalización del moderno derecho romano. No existiendo una separación definida entre lo que ahora constituye la administración y la justicia, y tampoco entre los tres poderes del Estado, los edictos de los magistrados ejercieron decisiva influencia. Dentro de la órbita de sus atribuciones, poseían la facultad de dictar normas obligatorias, que venían así a ser reglas del derecho romano local.

Mayor fuerza que los edictos de los magistrados tenían, naturalmente, las constituciones de los emperadores. Sus decretos y rescriptos primaban, en el caso especial a que se referían, sobre aquellos edictos, así como los dictámenes de cualquier jurisconsulto dotado de *ius respondendi*. Pero las constituciones no se limitaban a resolver el caso : a veces planteaban un principio general, manifestando el príncipe su voluntad de que fuere aplicado en lo sucesivo. La *lex de imperio* lo facultaba para que su voluntad tuviese fuerza de ley [2].

Los emperadores cristianos abundaron en dar más y más constituciones, personales o generales. Explícase ello por la ilimitación de su facultad judicial y legislativa, las necesidades de un Imperio

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 140. Cita a Voigt, *Privataltertümer und Kulturgeschichte*, en el *Handbuch der classischen Altertums Wissenschaft* de Müller, 1887, vol. IV, págs. 811-812.

2. Puchta, *Institutionen*, 8ª ed., tomo I, págs. 307-308. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 157-158.

tan vasto y heterogéneo, así como también por el nuevo ideal ético del Cristianismo. « El número de constituciones aumentaba, y no se estudiaban ni comentaban en los escritos de los jurisconsultos, como se hiciera hasta comienzos del siglo III. Se hizo difícil su consulta en la práctica. La dificultad manifestábase, sobre todo, en la gran cantidad de rescriptos, y en que su autoridad no se restringía al caso especial para el cual se dieran, sino hasta fines del siglo IV. Los rescriptos no se enviaban más que a quien los había solicitado, dejando al azar el cuidado de darles una mayor publicidad ; así ocurría que los jueces ante quienes se invocaban antiguos rescriptos, apenas si podían verificar su autenticidad. A menudo no se podía saber si se citaba una *generalis* o una *personalis constitutio*, porque cuando se daban rescriptos de este último género, no siempre se declaraba que eran inaplicables a casos análogos [1]. » Tales circunstancias hacían necesaria la existencia de compilaciones oficiales, pues que ya se conocían algunas privadas. De ahí nacen los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.

El *Corpus Gregorianum* o *Codex Gregorianus* se produjo al terminar el siglo III. Debe su nombre a Gregorio, el jurisconsulto que fué su autor, compilando las constituciones de Diocleciano y sus antecesores desde Adriano. La más antigua de las constituciones incluídas de que se tiene noticia es de 196 ; la más reciente es del año 295. Dividida en libros y éstos en títulos, la obra no se conserva en su forma primitiva, y de las constituciones que abarcaba sólo se conocen 22, incluídas en la *Lex romana Wisigothorum*.

Probablemente un siglo más tarde, y para servir de complemento al anterior, se produjo el *Corpus Hermogenianum* o *Codex Hermogenianus*. Su autor, el jurisconsulto Hermógenes, compiló las constituciones dictadas entre los años 290 y 365. Mientras que el Código Gregoriano está dividido en libros y títulos, el Hermoge-

1. KRÜGER, *Historia, Fuentes y Literatura del Derecho romano*, trad. esp., págs. 259-260.

niano no comprende más que un *liber singularis,* lo cual prueba el carácter complementario de éste respecto de aquél.

Los Códigos Gregoriano y Hermogeniano no alcanzaron a llenar su objeto y fines. Subsistían las dudas y dificultades para el estudio y aplicación del derecho ; sólo había un pequeño número de jurisconsultos que lo conociesen en su conjunto. « Pensó entonces el emperador Teodosio II que era necesario facilitarles la tarea componiendo colecciones de carácter oficial en las que resultasen más accesibles las fuentes del derecho. En consecuencia dispuso clasificar por materias y reunir en un Código, según los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, los edictos y demás *leges generales,* a partir de Constantino, sin omitir las que habían sido derogadas, porque la fecha y el orden cronológico permitirían distinguirlas en cada título de las todavía vigentes. Autorizaba a los que encargaba de esta tarea para separar unos de otros los capítulos de las constituciones y colocarlos en títulos diferentes, si el orden de las materias lo exigía. Debían reproducir simplemente el texto, dejando de lado lo que era adjunto, es decir, las prescripciones relativas a la publicación, la firma del emperador, etc., y los prefacios ; en general, no todo era dispositivo. Esta compilación estaba destinada, como los Códigos Gregoriano y Hermogeniano, a los que se dedicaban al estudio profundo del derecho y necesitaban conocer hasta la misma legislación antigua. Al propio tiempo se proponía hacer un código de carácter práctico, una compilación usual tomada de los códigos anteriores, con las constituciones aun vigentes y extractos de los tratados y *responsa* de los jurisconsultos ; todo ello debía colocarse indistintamente en los mismos títulos y bajo los mismos epígrafes. Este Código, al cual se daría el nombre del emperador Teodosio II, debía hacer desaparecer, según se creía, todo motivo de error o de duda, y demostrar a cada cual lo que había de hacer y cuándo tenía que abstenerse. La comisión encargada de la tarea no despachó el asunto. Se constituyó una nueva comisión, dándole instrucciones algo diferentes. Los comisionados fueron autorizados para abreviar las leyes que in-

sertasen ; hacer adiciones, si fuere necesario ; modificar el texto, si resultaba confuso o mal redactado. Se declaraba expresamente, lo que iba implícito en el proyecto primitivo, que se debía comprender en él hasta las leyes generales aplicables sólo a ciertas provincias o ciudades. La obra de la comisión, terminada en menos de dos años, publicóse bajo el título de *Codex Teodosianus,* poniéndose en vigor en 1º de enero de 439. Salvo algunas excepciones, los constituciones dadas desde el reinado de Constantino el Grande hasta esa fecha se consideraban como derogadas, por el mero hecho de no figurar en la nueva compilación [1]. »

Las constituciones imperiales dictadas después del Código Teodosiano, de Teodosio II inclusive en andelante, se llamaron *novellas* (de *novellae leges)*. Para el Imperio de Occidente son ya de una menor importancia, pues que aquel Código, compilándolo todo con criterio práctico y técnico, dejaba escaso margen a la futura legislación.

Las obras de los grandes jurisconsultos del período clásico constituían poderosas fuentes del derecho romano. Durante la República tuvieron un valor más bien científico o teórico ; pero, bajo el Imperio, adquirieron verdadera fuerza de ley. Los jurisconsultos fueron admitidos en el *Consilium principis,* y Augusto otorgó a algunos de ellos el *ius publice respondendi*, la facultad de que sus dictámenes sobre puntos de derecho gozaren en los tribunales de una autoridad superior a la de quienes carecían de ese privilegio. De hecho, aunque ello es discutible, parece que tenían una verdadera eficacia ejecutiva, poco menos que si fueran leyes o edictos.

Después del período clásico, cuando ya la jurisprudencia había decaído notablemente, seguíase citando a los jurisconsultos anteriores. Para poner orden y acuerdo en sus opiniones, sobre el *ius controversum,* dictó Valentiniano III una constitución que se llamó Ley de Citas, la cual fué después promulgada por su colega

1. *Ibid.*, págs. 266-267.

Teodosio II. Reconocíase allí valor legal, por su orden, a las opiniones de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, todos los cuales, excepto Gayo, habían gozado del *ius respondendi*. Las opiniones de los demás jurisconsultos no tenían fuerza legal mientras los nombrados no las adoptasen [1].

El derecho romano especial de España. — Los edictos de los magistrados provinciales, en cuanto ellos tenían la facultad de dictar normas obligatorias dentro de su jurisdicción, propendieron a formar y desarrollar el derecho local. A parte de esto, Roma dictó una serie de leyes especiales para las provincias. Leyes romanas relativas a España se conocen la *Lex coloniae Genetivae Juliae,* dada probablemente por Marco Antonio, en el año 710 de Roma ; las *Leges Flaviae Salpensana et Malacitina,* dadas hacia los años 82 a 84 de la era cristiana ; y nueve capítulos de la *Lex metalli Vipascensis* [2]. Constituciones imperiales se conocen, por haber llegado hasta nosotros el texto o noticia de su contenido, unas viente y siete relativas a España [3].

§ 31

CONTENIDO DEL DERECHO ROMANO

No es fácil, por cierto, sintetizar en un breve cuadro las principales instituciones de un sistema jurídico tan vasto, técnico y prolijo cual lo fué el derecho romano que en España se aplicara durante la época de la dominación. Pues que en el curso de este capítulo hemos expuesto principalmente las de derecho público, vamos aquí a referirnos de preferencia a las de derecho privado. Para concretar sus principales rasgos y caracteres ha de recor-

1. PUCHTA, *op. cit.,* tomo I, págs. 367-373. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, págs. 178-181.

2. HINOJOSA, *op. cit.,* tomo I, págs. 145-148.

3. *Ibid.,* págs. 159-164.

darse que, netamente, se distinguen tres épocas en la evolución del derecho romano : la primera comprende el derecho primitivo, y dura hasta la terminación de la República ; la segunda, iniciándose con el principado y el imperio, bajo Augusto, se desenvuelve hasta que se hace sentir oficialmente en el derecho la influencia del Cristianismo, durante el gobierno de Constantino; por último, la tercera, alcanza hasta la caída del imperio de Occidente, teniendo su más acabada y típica expresión en el derecho justiniáneo.

Época primera. — El derecho romano primitivo producto de tiempos aun bárbaros, obra de un patriciado religioso, militar y político, es esencialmente formulista y rigorista. Constituye el verdadero derecho estricto, donde la equidad y el sentimiento de la justicia o derecho subjetivo están completamente supeditados a la necesidad y a formas convencionales y simbólicas, a la costumbre y a la ley, al derecho objetivo. La familia es típicamente patriarcal, el parentesco agnaticio, la esclavitud absoluta. Se distinguen, en punto a la propiedad territorial, el *ager privatus* y el *ager publicus*. En la propiedad mueble sólo es perfecto el derecho quiritario. El derecho, en general, nace del hecho. La norma se establece para relacionar de una manera clara el conflicto jurídico, sin subordinarla a teorías filosóficas y transcendentales.

En ese primitivo derecho romano « el origen de la familia no era precisamente la relación natural que existe entre un ascendiente y sus descendientes, sino la declaración arbitraria de la ley que puso bajo la potestad de un hombre a otros que debían reconocerle por jefe. Así es que no bastaba ser hijo para estar bajo la potestad del padre, ni esposa para estarlo bajo la del marido, al paso que muchas personas que no tenían ninguna de esas circunstancias estaban a veces bajo la misma potestad. No pertenecían a la familia los que no eran nacidos de justas nupcias, ni los emancipados, ni los que sufrían la *capitis diminutio ;* pero sí estaban en ella los arrogados, los descendientes de segundo y posteriores grados y los hijos de la mujer del padre. Las justas nupcias no

bastaban para que la mujer entrase en la familia del marido, pues por ellas solamente quedaba en la suya propia, bajo el nombre de *matrona*. Pero, si al matrimonio seguía un año de posesión de la mujer por el marido, o si había sido celebrado aquél con la ceremonia religiosa de la *confarreatio* o con la fórmula de una venta ficticia, la mujer pasaba al poder de su marido y se hacía *mater familias*. La autoridad del padre no era privada y doméstica, como parece exigirlo el vínculo de la generación y el cariño, sino pública y absoluta, según era consecuencia de la ficción legal que consideraba a los hijos como cosas de sus padres. De aquí el derecho de vida y muerte de éstos sobre sus descendientes, sobre su mujer y sobre las personas que estaban en su familia ; su dominio sobre las cosas que aquéllas adquirían y su facultad de darles tutor para después de su muerte. Pero no todos los hombres eran capaces de este derecho ; ni los esclavos, ni los libertos, ni los extranjeros gozaban de la patria potestad, sino los ciudadanos, esto es, la aristocracia.

« Si de las personas pasamos a las cosas, hallamos que el dominio verdadero, esto es, el quiritario, no existía sino sobre aquellas cosas que en los tiempos primitivos de Roma se consideraban dignas de ser poseídas, como los fundos rústicos y urbanos, los fundos itálicos, los esclavos y los cuadrúpedos que puedan emplearse en el servicio del hombre. Estas cosas se llamaron *mancipi,* y nadie podía adquirirlas sino el ciudadano romano, ni enajenarlas sin ciertas solemnidades ; y el que sin ellas las compraba no se hacía dueño de las mismas, mientras no las usucapiera. Pero todas las demás cosas no conocidas o no apreciadas en los orígenes de la civilización, se transmitían de unos a otros, si no con tanta seguridad, con menos solemnidades. La tradición natural era suficiente para hacerlas mudar de dueño. En los contratos lo que obligaba al hombre no era la conciencia ni la justicia, sino la palabra : *uti lingua nuncupassit ita ius esto,* decían las Leyes de las Doce Tablas. La facultad de heredar se consideraba como una consecuencia de la patria potestad. Como ésta, no se extendía sino sobre los agnados y, en ellos, con

exclusión de todos los demás parientes, solía recaer la herencia [1].»

Época segunda. — El derecho de la primera época es anterior a la dominación definitiva de España. Entró en ella, pues, ya modificado por el de la segunda época. El régimen imperial ejerció su acción transformadora, no sólo en el derecho público, como hemos visto, sino también, y acaso no menos fundamentalmente, en el derecho privado.

El derecho romano primitivo era propio de hombres todavía rudos, de escasa intelectualidad. Necesitaban normas simples, una liturgia materialista y fórmulas categóricas para la exteriorización de sus derechos y solución de sus contiendas. «Con el engrandecimiento de la República y el progreso de la civilización crecieron las necesidades, se multiplicaron los intereses, y, por consiguiente, no podían satisfacer a unas ni a otros la estrechez y rigorismo del derecho antiguo. La introducción de la filosofía epicúrea produjo la incredulidad religiosa. La introducción de la filosofía estoica contribuyó, con sus tendencias espiritualistas, al descrédito de las fórmulas materiales y groseras que tomaban la voz de la justicia. Y ambas sectas proclamaron la equidad como la ley suprema del Estado. Estas doctrinas variaron la faz del derecho, el cual desde esta época perdió el carácter religioso que le distinguía en la anterior; pero conservando aun en gran parte su carácter civil. Admitió la equidad como suplemento de la ley, y con ella llegó a formarse en poco tiempo una legislación casi nueva. Este derecho, que por oposición al antiguo se llamó no estricto, representaba la noción de la justicia aplicada a los negocios de la vida, prescindiendo del interés político e individual del Estado.

«Así es que, en este período, se extendió el derecho de ciudadanía a todos los súbditos libres del Imperio, lo cual acabó con el carácter aristocrático de la legislación. Concluyeron las ceremonias civiles y religiosas del matrimonio, siendo suficiente el

1. CÁRDENAS, *Estudios jurídicos (Orígenes del Derecho español)*, Madrid. 1884, tomo I, págs. 14-16.

cariño de los cónyuges para perfeccionarlo. Esto produjo todos sus efectos: se concedieron a los casados privilegios numerosos con el fin de multiplicar la especie, y sin consideración acaso a los intereses de la familia. Se permitió a los ingenuos el matrimonio con las mujeres libertas, se obligó a los padres a consentir en el matrimonio de los hijos, se limitó la libertad del repudio, se autorizó el concubinato. Los derechos de la patria potestad se redujeron al de corregir el padre moderadamente a sus hijos. El derecho de testar, reservado en un principio a los padres de familia, se extendió a los hijos. A la fórmula antigua del testamento *per aes et libram,* se substituyó la forma pretoria; la cual, si no daba la herencia, daba la *bonorum possessio.* El padre pudo preterir a sus hijos; pero el pretor entonces suponía que estaba loco, y daba a éstos la posesión de sus bienes. Para librarse de las fórmulas rigurosas de la institución de heredero y de los legados, se inventaron los codicilos y los fideicomisos. Las cosas *mancipi* conservaron todavía sus antiguos privilegios; pero las *nec mancipi,* favorecidas por el pretor, llegaron a poseerse casi con las mismas ventajas: al lado de la usucapión, que protegía las primeras, se levantó la prescripción, que aseguraba la propiedad de las segundas, sin más diferencia que la de exigir mayor tiempo de posesión. Conociendo los jurisconsultos que era necesario remontarse a una justicia abstracta superior a las palabras, admitieron en la interpretación de los contratos la circunstancia de la buena fe. A las únicas fuentes de las obligaciones, los contratos y los delitos clasificados y formulados en términos rigurosos, se agregaron otras fuentes nuevas, nacidas de la equidad, como el principio de que « ninguno puede enriquecerse en perjuicio de otro », etc.; y a los delitos y los contratos se juntaron los cuasi contratos y los cuasi delitos. A las acciones de la ley, con sus fórmulas simbólicas, sus ademanes determinados y sus palabras sacramentales, sucedieron fórmulas más sencillas y menos estrechas [1]. »

1. *Ibid.*, tomo I, págs. 16-18.

Época tercera. — En el segundo período el principio de la equidad, de la justicia subjetiva, así como la doctrina filosófica, principal si no exclusivamente la estoica, modifican el antiguo derecho civil, aunque sin tocarlo y transformarlo en sus apariencias y formas. En el tercer período se hace sentir la influencia del Cristianismo, concordante con el espíritu filosófico del segundo; pero más decididamente opuesto, con su doctrina ecualitaria y caritativa, al antiguo derecho civil. El Cristianismo ensancha así considerablemente la esfera de acción de la equidad filosófica, penetra en el terreno del derecho quiritario, lo combate, lo modifica y le obliga a transigir en puntos esenciales de su doctrina. Vino a facilitar esta generalización la circunstancia de que los cristianos, para no someterse a la decisión de los tribunales gentiles, acostumbraban someter los pleitos a la decisión de los obispos. Fallando éstos a modo de árbitros, introdujeron una vasta jurisprudencia cristiana, que había allanado el camino de las reformas del tercer período [1].

La influencia del Cristianismo pesó principalmente sobre el derecho y la legislación de la familia. Con el fin de aumentar la población y detener la corrupción de las costumbres, Augusto había quitado mayores formalidades a la institución del matrimonio y aun protegido legalmente el concubinato. La Iglesia hizo de aquél un sacramento y no escatimó a éste sus censuras. Hallando arraigada la costumbre del divorcio, aunque inútilmente Augusto le pusiera sus obstáculos, la Iglesia pugnó por desterrarlo, pues que el vínculo sacramental del matrimonio era para ella indestructible mientras viviesen ambos cónyuges. Considerando iguales a todos los hombres, trató la Iglesia de mejorar la condición del esclavo, coincidiendo en este punto totalmente con la doctrina de los jurisconsultos de la segunda época.

« La sucesión en la antigua Roma era, según dijimos antes, propia de los agnados, porque ellos solamente componían la familia.

1. *Ibid.*, tomo I, págs. 20-22.

El Cristianismo, que proclamó el imperio de la equidad sobre el rigorismo de las leyes civiles, no podía aceptar esta consecuencia de la organización de la antigua familia romana, así como el principio de donde se deducía. Constantino concedió a la madre que no gozara del *ius liberorum,* esto es, del derecho de heredar a sus hijos cuando llegaba a tener cierto número de ellos, la facultad de heredar la tercera parte del caudal de sus hijos en compañía de los tíos agnados, sus hijos y nietos, excluyendo a los otros agnados más remotos. Valentiniano llamó a los hijos a la sucesión del abuelo materno en unión con los herederos de éste, reservando, sin embargo, la cuarta parte de la herencia para los agnados. El mismo emperador dispuso que la madre fuese preferida en la herencia a los hermanos consaguíneos de su hijo, en el caso de que fuesen emancipados. Así luchaba la equidad natural con los vestigios del derecho civil en el período que transcurrió desde Constantino hasta Justiniano, que fué quien acabó definitivamente con aquellos recuerdos. Cuando este emperador dió a sus vasallos el famoso sistema de las sucesiones que aun se conserva, ya se habían hecho en el mismo graves y transcendentales reformas. La religión cristiana no hacía diferencia entre agnados y cognados, porque el vínculo del parentesco era sagrado igualmente, cualquiera que fuese su origen, y, firme en su espíritu de igualdad, borró las distinciones que existían entre personas que debían profesarse el mismo afecto [1]. »

En síntesis, los romanos introdujeron en España el derecho de la segunda época, que puede considerarse intermedio. De Constantino en adelante se inicia allí una lucha entre ese derecho, pagano y estacionario, y el derecho nuevo, cristiano y progresivo. Duraba aún ésta, llevando la mejor parte el último, cuando ocurrió la invasión de los bárbaros, vándalos, suevos, alanos, y más tarde visigodos. Respecto al estado general del derecho romano vigente entonces en España es de notarse que las innovaciones del derecho cristiano del tercer período no comportaban indudablemente un

1. *Ibid.,* tomo I, págs. 26-27.

cambio tan profundo y decisivo en la legislación como las del segundo período. Por otra parte, en razón de fechas y de posición geográfica, en España no se alcanzó a aplicar el derecho justiniáneo, la forma más acabada del derecho romano cristiano. La evolución estaba así trunca, cuando la invasión de los bárbaros introdujo un nuevo elemento que debía también influir poderosamente en las instituciones peninsulares : el derecho germánico.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO CANÓNICO

§ 32. La religión pagana. — § 33. La difusión del Cristianismo. — § 34. El derecho romano y la difusión del Cristianismo. — § 35. El Estado romano y la Iglesia católica. — 36. La organización de la Iglesia y el clero. — § 37. Fuentes y contenido del derecho canónico.

E. Renan, *Vie de Jésus,* París, 1879; *Les Apôtres,* París, 1866; *Marc-Aurèle et la Fin du Monde antique,* París, 1896. G. Boissier, *La Fin du Paganisme,* París, 1894. A. Beugnot, *Histoire de la Destruction du Paganisme en Occident,* París. A. Harnack, *Précis de l'Histoire des Dogmes,* trad. frac. por E. Choisy, París, 1893. Riffel, *Geschichtliche Darstellung des Verhältnisses zwischen Staat und Kirche von der Gründung des Christenthums bis auf Justiniam I,* Maguncia, 1836. A. de Broglie, *L'Eglise et l'Empire Romain au IVe siècle,* París, 1904. Malfatti, *Imperatori e Papi ai tempi della signoria dei Franchi in Italia,* Milán, 1876, tomo I. C. Ricci, *La significación histórica del Cristianismo,* Buenos Aires, 1909, tomo II. P. B. Gams, *Die Kirchengeschichte von Spanien,* Regensburg, 1862. H. Álvarez, *España Sagrada,* Madrid, M.DCC.LIV V. de la Fuente, *Historia eclesiástica de España,* 2a ed., Madrid, 1874, tomo I. Loening, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts,* Estrasburgo, 1878, tomo I, págs. 1-492. M. Menéndez y Pelayo, *Historia de los Heterodoxos españoles,* Madrid. A. Tardif, *Histoire du Droit canonique,* París, 1889. E. de Hinojosa, *Historia general del Derecho español,* Madrid, 1887, tomo I, págs. 309-326. E. Pérez Pujol, *Historia de las Instituciones sociales de la España goda,* Valencia, 1896, tomo I, págs. 337-444.

§ 32

LA RELIGIÓN PAGANA

La intransigencia religiosa ha nacido de la idea de lo absoluto. Esta idea no existía en el antiguo paganismo. Las religiones eran siempre relativas; los dioses representaban formas y partes de la

hum anidad ; si la humanidad era múltiple y como ilimitada, también podían serlo sus dioses, sin que los unos estorbaran mayormente la coexistencia de los otros. Había sitio para todos, pues que no se negaba la pluralidad de dioses. Los pueblos conquistadores, como Roma, contentábanse con establecer la preeminencia de los suyos, adoptando los demás. Cada ciudadano tenía así el derecho de profesar su religión y de mantener la suya cada provincia. Practicábase en las ciudades el culto tradicional, libremente, sin que interviniera la metrópoli más que para proscribir ciertas costumbres bárbaras, como los sacrificios humanos [1].

« Las colonias de ciudadanos, remedo de Roma, establecieron el culto en términos iguales, aunque con menor magnificencia que en la capital. Los bronces de Osuna lo han confirmado transmitiéndonos curiosos pormenores sobre los augures y pontífices de aquella ciudad, sobre la elección de éstos en los *comitia sacerdotum* y sobre los fondos destinados al culto. Las ciudades libres y federadas, tenidas como extranjeras, conservaban sus dioses y su culto, que eran respetados por los romanos como los dioses de pueblos amigos. Cuando estas ciudades fueron transformándose en colonias o municipios, es de suponer, a ejemplo de lo que había sucedido en Italia, que correspondiera a los pontífices de Roma decidir hasta qué punto podían ser reconocidos bajo el nuevo régimen los antiguos dioses nacionales. Por último, las ciudades estipendiarias, las ciudades provinciales, al entregarse al vencedor por la *dedictio*, le habían entregado sus dioses ; pero Roma consintió la continuación del antiguo culto, aplicando el principio general de la tolerancia, que sólo sufría excepciones en interés de la moral y de la política. Cuando estas ciudades fueron adquiriendo los derechos de colonias latinas, romanas o municipios, al asimilarse la civilización romana iban acostumbrándose a adorar a los dioses de Roma [2]. »

1. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, pág. 303.

2 PÉREZ PUJOL, *Instituciones sociales de la España goda*, tomo I, págs. 340-341.

No obstante la liberalidad de la política de Roma en punto a religión, pronto se dejó sentir también en ese orden la dominante influencia de su cultura. « Merced a las colonias romanas que transportaban a las provincias la religión de la metrópoli, y a los municipios, que se esforzaban en calcar sus instituciones sobre las de las colonias, adoptando el culto y la organización sacerdotal de Roma, el culto romano se difundió rápidamente. Para esto no tenían necesidad las provincias de renegar de sus tradiciones religiosas ; antes bien conservaban, al lado de los romanos, sus cultos y sacerdocios locales [1]. »

El campo estaba preparado en España para recibir el politeísmo grecorromano. Los iberos parece que profesaban uno propio, y a ese tipo de religión se acercaba el culto druídico de los celtas. Por otra parte, las correrías más que invasión de los mercaderes fenicios en las costas de Bética y Lusitania, las colonias griegas, el tráfico y la dominación cartaginesa, todo propendía a difundir, al menos en la zona mediterránea, la creencia en una pluralidad de dioses. Fué así que las deidades romanas entraron triunfalmente en España, como si hubieran sido esperadas. Más aun ; al mismo tiempo, entraron también, con la religión oficial, muchos ritos y supersticiones de origen oriental y egipcio, adoptados por Roma. Así, el culto de Isis, que estuvo en boga entre las mujeres romanas de los tiempos de Tíbulo. Hay un buen número de inscripciones que atestiguan la devoción a la diosa egipcia, hallados en Tarragona, Sevilla, Guadix y aun Braga [2].

El culto romano se dividía en público y privado. Los sacerdotes no estaban ligados entre sí por ningún vínculo jerárquico. « Entre los *collegia* sacerdotales descollaban los de los pontífices y augures, organizados en los municipios a semejanza de los de Roma. Las principales atribuciones eran la formación del calen-

1. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 303-304.

2. MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los Heterodoxos españoles*, tomo I, pág. 46.

dario, la designación de los días fastos y nefastos y la persecución de los delitos religiosos. Intervenían en los actos más importantes de la vida civil, el matrimonio, la arrogación y la otorgación del testamento, y eran tenidos como únicos intérpretes de la tradición en lo relativo al *jus sacrum*. Los augures eran los encargados de consultar la voluntad de los dioses para saber si tal o cual acto, verificado o a verificarse, era de su agrado [1]. »

Tocante a la evolución religiosa, obsérvanse en la dominación romana tres épocas sucesivas, que preparaban el advenimiento del Cristianismo : 1º la adopción por Roma de los dioses más importantes de la religión de los pueblos conquistados ; 2º el culto religioso a Roma, dirigido en las principales provincias por sacerdotes romanos ; 3º el culto al emperador y a la casa imperial, que derivó del culto a Roma, y con el cual se fundió en tiempo de Augusto.

La adopción en la religión civil romana de los dioses de los pueblos sometidos implicaba, como hemos visto, una especie de consagración religiosa de la dominación política. Roma no imponía sus dioses a las provincias, sino adoptaba los de éstas. Quería ello decir que Roma les dejaba lo que ahora llamaríamos plena libertad religiosa ; nadie era perseguido por su fe, mientras la metrópoli no la considerase un ataque o peligro para su soberanía. Pero, como la religión romana era politeísta, aceptaba en su seno a los dioses de los pueblos conquistados, reuniéndolos todos para sí. ¡ Cada pueblo con sus dioses, y Roma con los dioses de todos !

El culto a Roma en las provincias, aunque éstas no pudieran adoptar los dioses romanos, venía a ser una suerte de culto patriótico a la lejana metrópoli y madre patria. Así como en Roma era la adopción de los dioses provinciales símbolo de dominio, en las provincias el culto religioso a la madre patria era símbolo de sometimiento. Claro que todo esto se hacía posible, porque se trataba de religiones tolerantes y sin exclusivismos. Fué más tarde

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 307-308.

el Cristianismo la primera religión que en Occidente denotó una tendencia absolutista e intolerante, provocando las sangrientas represalias que puso Roma en el martirologio cristiano.

Por último, el emperador llegó a ser considerado una divinidad, un dios más, que había descendido del Olimpo o Panteón para reinar entre los mortales. « Augusto había introducido en la religión uno de los cambios más considerables, ensalzando y reglamentando el culto de los dioses lares, sobre todo el de los lares de menor cuantía, y permitiendo, a los romanos y locales, que se añadiera el uso de un tercer lar, el genio del emperador. Los lares ganaron en esta asociación el título de augustos *(lares augusti)*, y, como los dioses locales conservaban, para la mayoría, su aptitud local de adquirir el título de lares, casi todos fueron también calificados de augustos *(numina augusta)*. Para este culto complejo se formó un clero, compuesto del flamen, especie de arzobispo, representante del Estado, y de seviros augustales, corporaciones de obreros y de pequeños burgueses, particularmente enlazados con los lares o divinidades locales. Pero el genio del emperador empequeñecía naturalmente a sus compañeros ; la verdadera religión del Estado fué el culto de Roma al emperador y la administración [1]. » Este culto religioso a Roma sirve de riguroso antecedente a la futura organización de la Iglesia católica.

El culto religioso del emperador y la casa imperial, confundido con el antiguo culto de Roma, se celebraba con fiestas comunes en cada provincia. Junto al santuario del emperador, reuníanse a este objeto asambleas de diputados y representantes de pueblos y barrios, selectamente elegidos entre las personas de más viso y fortuna. « Las atribuciones de las asambleas provinciales eran : custodiar y administrar las sumas recaudadas en la provincia para la conservación del templo y los gastos de culto, así como las procedentes de donativos y legados para las fiestas religiosas. Auxiliábanla en esta tarea varios empleados subalternos. Presidía las

1. Renan, *Marc-Aurèle et la Fin du Monde antique*, págs. 564-565.

Asambleas provinciales y los juegos que debía dar a su costa y ejerció, por lo menos en los últimos tiempos, especialmente en el siglo IV, una potestad disciplinaria, sobre todos los sacerdotes de la provincia, el Sumo Sacerdote [1]. » Tal estado de cosas preparó admirablemente el terreno, más que para la difusión de la doctrina cristiana, para la organización, disciplina y jurisdicción de la Iglesia.

La tendencia antropomórfica de todas las religiones populares, se personificaba siempre en el emperador, en cuya honra celebrábanse grandes fiestas, hasta en las más apartadas provincias. El culto al emperador y la casa imperial constituía una verdadera adoración, baja y servil, impuesta, más que por castizas supersticiones, por el temor de los pueblos y las necesidades del gobierno. Es que, en realidad, si el imperialismo de la República fué aristocrático, el de los césares es más bien democrático. Una vez más se demuestra ahí que las tiranías son, en general, aunque más nocivas y hasta perversas, menos impopulares que los gobiernos de clase. A pesar de su crueldad sangrienta y su insaciable avaricia, el régimen imperial fué soportado con admirable paciencia. Verdad que ello era precursor del triunfo del Cristianismo, que venía tejiendo su tela en el silencio y la obscuridad de las catacumbas. Aquella larga e inquietante calma era la que precede y anuncia las grandes tempestades.

La idolatría pagana comprendía el arte y el rito de la adivinación religiosa. Los griegos la practicaban ya en los tiempos de Homero, especialmente por medio de sus célebres pithonisas. La adivinación era elemento esencialísimo del culto romano, comprendiendo dos partes : una indígena, el arte *augural,* y otra aprendida de los etruscos, la *haruspicina.* Esa adivinación religiosa no era una práctica privada y anónima, antes bien un conjunto de ritos públicos, de capital importancia política. De Oriente llegaron también a Roma las artes de magia de los caldeos y de

1. Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, pág. 235.

los egipcios. Ávido el pueblo romano de novelerías e ignorantemente crédulo, aceptó cuantas ideas y prácticas sobrenaturales le ofrecieran la religión propia y las supersticiones extrañas.

Por su parte, los habitantes de la península española, dado su estado de cultura, profesaban sus supersticiones indígenas, a las que luego se agregaban otras de importación, traídas por fenicios, griegos y cartagineses. El culto romano no hizo entonces más que dar formas oficiales y solemnes a la adivinación religiosa, con lo cual indirectamente estimulaba las artes sobrenaturales practicadas de antiguo en el país.

De la amalgama de supersticiones iberas, celtas, fenicias, griegas, cartaginesas, romanas y otras, quedaron hondamente impresas en el pueblo las creencias en una serie de mitos, como brujas, hadas, duendes, trasgos, vampiros, y también prácticas y ritos de magia, entre los cuales se cuentan las invocaciones a númenes paganos, los sacrificios y ofrendas a las fuentes sagradas y el rito romano de las Kalendas. Y por cierto que este capítulo de las supersticiones idolátricas tiene singular importancia en la historia de las costumbres y las instituciones. El Cristianismo acabó pronto con el culto pagano público y oficial; pero no así con las bajas prácticas supersticiosas del pueblo y las artes de los arúspices, vaticinadores, ariolos, magos, nigromantes y demás de su ralea. Siglos más tarde, hasta fines de la edad media, se practicaban aun la astrología, adivinación del porvenir por el estudio de los astros; la nigromancia, arte de resucitar a los muertos e interrogarlos; los maleficios, arte de hacer mal por medio de ensalmos y conjuros; la hidromancia, evasión en el agua de las sombras; los sortilegios, los agüeros, las esferas y filtros mágicos, en fin, toda suerte de artes sobrenaturales y ocultas. Mucho después de implantada la nueva religión, persistían en las turbas creencias de mitos no cristianos y una especie de vergonzante culto teúrgico, tan profundo y arraigado, que hasta en nuestros días se encuentran sus vestigios y supervivencias. Aun se festeja, por ejemplo, con grandes fogatas el día de San Juan, recordando los ritos romanos

del solsticio de verano. Lo curioso es que, de todo ese cúmulo de supersticiones paganas, iban a perderse más pronto las que la imaginación popular no podría empalmar facilmente con el Cristianismo, como los mitos de las ninfas y las sirenas. Persistirían mejor, en cambio, aquellas que la imaginación transformara o convirtiese al demonismo bíblico ; así los sátiros se vuelven verdaderos demonios, y las brujas se hacen meros súbditos de Satanás [1] . Ya veremos con qué tenacidad perseguirá la Iglesia todas esas supersticiones y prácticas, anatematizándolas en la doctrina y castigándolas cruelmente luego por intermedio o con el apoyo de brazo secular.

§ 33

LA DIFUSIÓN DEL CRISTIANISMO

Al decaer el Imperio romano y sus instituciones, poco a poco cunde y se entroniza el Cristianismo. De una manera vaga y superficial, es un lugar común que su triunfo se debió a la corrupción de las antiguas costumbres de los gentiles y a la superioridad ética de la doctrina cristiana. Los primeros padres de la Iglesia cargan las tintas en sus descripciones del mundo romano; principiando por San Pablo, anunciaban su ruina como justo castigo del Cielo, semejante al que Jehová impusiera a Sodoma y Gomorra [2]. Esta creencia, pasando de siglo en siglo, perdura hasta los tiempos presentes. Sin embargo, puede categóricamente afirmarse que las investigaciones de la moderna ciencia de la historia están muy lejos de confirmarla. Causas más tenaces y profundas que los vicios de los últimos siglos del paganismo popularizaron y difundieron la religión de Cristo y los apóstoles.

Es ante todo harto discutible que fuera tan completa esa corrup-

1. Véase Menéndez y Pelayo, *op. cit.*, tomo I, págs. 218-264.

2. Pablo, *Epístola 1ª a los Romanos*, I, 29 a 31.

ción moral del Bajo Imperio. Tal vez pocos ejemplos presenta la historia de épocas en que mayor predicamento alcanzara la filosofía, y por lo tanto la moral, como la de los Antoninos. El reinado de Marco Aurelio puede considerarse tipo del antiguo ideal filosófico del gobierno. El neoplatonismo, el estoicismo, el epicureísmo, el cinismo y otras creencias filosóficas ofrecían, a las clases dirigentes, y de reflejo hasta cierto punto al pueblo, preceptos de una alta y noble idealidad ética. El mayor defecto del contenido de esas doctrinas, para nuestro moderno criterio, estriba sin duda en su impasibilidad y excesiva tolerancia respecto a la moral sexual. Ahí precisamente fué quizá donde las costumbres de la decadencia llegaban a un punto de relajación que no podía menos de ser nocivo a la virilidad del pueblo. Habría que agregar a esto la asociación íntima entre el culto pagano y los juegos públicos. La crueldad de los espectáculos del circo, si bien censurada en teoría por los verdaderos filósofos, se justificaba por la conveniencia en mantener el culto de los dioses.

La filosofía antigua, que en cierto modo se desenvolvía paralelamente a la religión pagana, no resultaba del todo eficaz en punto a su influencia sobre las ideas y costumbres del vulgo, por su carácter demasiado abstracto e intelectual. Sus preceptos, faltos de símbolos concretos y visibles, no podían penetrar en el alma del pueblo. Éste, careciendo así de freno para sus pasiones innobles, les daba libérrimo curso. La hermosa indiferencia y generosidad de los dioses del Olimpo grecorromano, lejos de imponerle normas de conducta, venía a justificar las peores torpezas y depravaciones; toda pasión hallaba ejemplos divinos que imitar. Produjose así una antinomia chocante entre la filosofía, siempre elevada y pura, aun en sus formas más paradojales y sectarias, y la religión, envilecida por el concepto popular de dioses tolerantes y viciosos. Esta antinomia ideológica se revela en las costumbres. El principado, el Senado, la magistratura, aunque a veces estuvieran desempeñados por hombres cultos y verdaderamente virtuosos, resultaban impotentes para contener la relajación del populacho. La

plebe no entendía de filosofías. Su falta de ideales venía por su parte a consentir, si no también a producir, gobernantes infames que contrastaban con los discípulos de los filósofos. A pesar de las ignominias de emperadores del tipo de Nerón y Calígula, justo es reconocer que esos monstruos estaban muy lejos de constituir la regla general de los gobernantes y la clase patricia de Roma. Fué una época de violentos contrastes, en que se sucedían príncipes de la más refinada depravación como de la más alta moralidad. Lo malo era que el pueblo y la clase directora resultaban tan incapaces para contener a aquéllos como para seguir a éstos.

En semejante situación, demostrada la impotencia de la filosofía y la degeneración de la religión pagana, claro es que el Cristianismo, desde el punto de vista ético, venía a llenar una necesidad. Pero sería pueril suponer que esta necesidad se llenó sólo por causas morales, para satisfacer a los espíritus bien intencionados; otras causas, económicas y políticas, determinaron mayormente su triunfo. El estado económico del Imperio, hacia el siglo III, era ya tan precario que podía considerarse de total bancarrota, pública y privada. Las constantes y crecientes exigencias del fisco, para mantener aquel inmenso dominio militar, tenían que arruinar los campos y las industrias. La moral corriente consideraba indignos del hombre libre los oficios y ministerios manuales. El régimen de la esclavitud, en aquel pueblo más belicoso que industrial, antes servía para la molicie y afeminamiento de las costumbres que para la producción normal y sistemática de la riqueza. Decadentes y poco productivas las industrias itálicas, a su vez las provincias resultaban incapaces para soportar los copiosos impuestos del Imperio. Cohartando su natural crecimiento y expansión, principalmente a éstas arruinaba el régimen imperial. La situación se hacía cada vez más crítica para un gobierno absoluto, cuyos gastos aumentaban y cuyas entradas iban fatalmente en diminución. El grande aparato del poderío romano tenía que flaquear en sus bases, más por falta de recursos que de virtudes, más por el agotamiento económico de los pueblos que por sus vicios.

Antes que una causa de la actual decadencia, la relajación de las costumbres era efecto de la pasada grandeza.

La relajación de las costumbres en materia sexual debió tener también, como causa indirecta, cierta degeneración de la raza, en Roma e Italia. Esta degeneración fisiológica se explicaría por las penurias y dificultades de la vida. Falto de suficiente producción agrícola y ganadera, el pueblo habría de alimentarse escasa e irregularmente. A la vuelta de varias generaciones, la miseria trae como fatal consecuencia el agotamiento nervioso, la debilidad del cuerpo y el alma, la sensualidad enfermiza, las aberraciones. Aquel pueblo, para vivir, pedía *panem et circenses*, y lo uno era complemento de lo otro. El hambre o la alimentación insuficiente explican, por la degeneración fisiológica, un estado de ánimo ávido de esos espectáculos sangrientos que antes producen disgusto que placer en hombres sanos y fuertes. Poco remediaría la bella filosofía estoica de los Antoninos un mal que fincaba, más que en la voluntad, en el organismo anémico del pueblo.

Tal situación no tenía salida dentro de sí misma ; los males no podían más que irse ahondando y agravando con el tiempo. El ideal de Juliano, de retrotraer al pueblo a la rudeza y fortaleza del antiguo paganismo, reavivando el culto y tonificando las creencias, no podía ya ser ni lisonjero paliativo. La fe politeísta resultaba ahora anacrónica. Era sólo grosera superstición en el vulgo ; en la clase culta, mentira convencional. Los espíritus estaban preparados para comprender una religión superior, una verdadera religión cultural, que redujese la pluralidad de dioses a un principio universal más alto e intelectivo. Por otra parte, el remedio moral propuesto por el emperador Juliano no podía resultar eficaz para sanear una decadencia cuyas causas no eran propiamente morales, sino más bien económicas, políticas, aun diría físicas. Hubiera habido que cambiar por completo las ideas y costumbres, renunciando al Imperio, cultivando los campos, transformando al pueblo. Eso no era posible. El régimen imperial fué como una elipse que, una vez recorrida su órbita, no había de volver para

atrás, a hacer resurgir la monarquía de Numa. Para formar los ejércitos y mantenerlos, la península se había despoblado, sus artes habían decaído, su pueblo estaba exhausto. De la metrópoli, el mal había pasado lógicamente à las provincias. Éstas se habían romanizado, no sólo en el sentido cultural, sino también en el económico; iban en vía de agotarse, como Italia. Al dar a todos los súbditos del Imperio el derecho de ciudadanía, no procedió Caracalla por un ideal político libertario ; antes bien intentó un nuevo recurso para vigorizar la producción de las provincias, estimulándola bajo un régimen de mayor libertad. Pero el recurso se ensayó demasiado tarde, y, por otra parte, creciendo la producción provincial se iban a aumentar proporcionalmente los impuestos que sobre ella gravitaban. Imponíase así por las necesidades de la política imperialista, que venía a ser como un círculo vicioso ; llevaba en sí misma su principio suicida. El problema del universal pauperismo no podía hallar solución bajo el régimen de un Estado por fuerza confiscador y a menudo concusionario. La ilustración de algunos emperadores y la relativa moralidad de la clase senatoria sólo venían a ser paréntesis y derivativos.

Semejante estado de cosas tenía que acarrear por doquiera hondo e incurable descontento. Solamente los ricos, los senadores de Roma y sus familias, podían verlo y sostenerlo con sinceridad. Aun ellos, al recordar los tiempos de la República, habían de sentir un dejo de amargura, pues que el patriciado no gozaba ya de sus antiguos poderes, estando servilmente sujeto al príncipe. En el pueblo romano, aunque de él se originase el principado, el descontento era por fuerza mayor. Las provincias, si bien sometidas, no podían soportar sin pena, al par que se civilizaban, un régimen que tanto coartaba sus libertades. Todo venía preparando una revolución social completa ; su estallido sería tanto más dinámico y destructor, cuanto más larga y sufrida fuera su gestación en la sombra. Seguramente habría estallado, hacia el siglo III, si no la hubiese contenido la necesidad de conservar el Imperio. La anarquía militar en que se vió continuamente envuelto reclama-

ba, como único remedio, un despotismo bastante fuerte para sofrenarla. El día en que caducase el principio de la autoridad omnipotente del príncipe, se entronizaría el más espantoso desorden, cundiría el total desquicio, sería el fin de la cultura romana.

A tanto peligro interno agregábase el externo de la continua amenaza y desbordamiento e invasión de los bárbaros. El Imperio tenía que soportarse como una triste necesidad, pues que implicaba la única resistencia posible a esa catástrofe que inminentemente amagaba desde las fronteras ; había que sostener el militarismo, so pena de que la irrupción acabase con la ya tan mermada libertad, con los hogares y las vidas. Ciertamente, los romanos no conocían toda la potencia posible del enemigo aun lejano ; pero, sin duda, debían sospecharla. Los soldados que volvían de las fronteras atestiguaban su existencia en sus relatos, y, así como sobre el alma de los griegos pesó siempre « la sombra del Asia », sobre la de los romanos del Bajo Imperio pesaba la de los bárbaros. Pues que destruir el Imperio era acabar con el único núcleo de unidad y resistencia contra ellos, era ineludible conservarlo, aunque la situación fuera haciéndose cada vez más insoportable a los pueblos ya civilizados reunidos bajo la dominación.

En esa angustiosa situación se presenta, como una novedad en el orden moral y religioso, la doctrina cristiana. Esta doctrina estribaba fundamentalmente en la redención de los débiles, de los oprimidos, de los pobres, de los humildes. Tales eran la inmensa mayoría de las gentes : los esclavos, la plebe, las provincias. El trabajador iba a encontrar al fin un estímulo y apoyo ; el escarnecido y vilipendiado, un consuelo para su orgullo de hombre ; el descontento universal, un dogma y una bandera para la lucha. El Cristianismo los reconfortaba a todos, los consolaba, les daba esperanzas ; si la vida resultaba una carga dolorosa, les prometía en recompensa eternos deleites para después de la muerte ; aun les hacía entrever que, el día en que dominase la doctrina, no habría ya vencidos ni enemigos, y todos serían hermanos en el seno de

la Iglesia. ¡ Había que sufrir y sacrificarse para que triunfara una causa que proporcionaría la bienaventuranza en el cielo y la felicidad general en la tierra ! Tantos halagos y promesas no podían menos de atraer a los millares de infelices que componían la masa de aquella sociedad en completo estado de fermentación y sorda protesta.

No obstante esa tendencia halagadora para la multitud, la doctrina cristiana se presentó en un principio como triplemente odiosa. Odiosa, porque atacaba en sus bases las antiguas glorias de Roma. Odiosa, al menos para los ricos, porque en ella se veía el comunismo amenazador ; todavía en el siglo II producía este efecto a Luciano [1]. Odiosa, en fin y sobre todo, porque representaba una nueva forma, la forma « galilea », de la intransigencia judaica. ¡ Mal podían avenirse a ella los romanos, cuya característica religiosa fuera abrir su Panteón a todos los dioses ! El único vilipendiado era Jehová, precisamente porque se resistía a parearse con los demás ; él era el enemigo sombrío y levantisco de su amable politeísmo. Y he aquí que se les entraba en la persona del Cristo, más modesto y humano, es cierto, pero no por eso menos absoluto y exclusivista...

Al pronto, la nueva doctrina presentábase ingenua y basta. Su dios no parecía bello y poderoso, usaba como símbolo un instrumento de suplicio, exigía sacrificios constantes, su culto era obscuro y como subterráneo. Pero, aparte de esos rasgos repulsivos, tenía todo el atractivo del misterio y el peligro, lo cual no era poco en aquella época de enervamiento y aberraciones. Con sus inconvenientes y halagos, fué atrayéndose uno a uno a los más tristes y más sinceramente enemigos del régimen imperial. De ahí pasó a captarse adeptos también en la clase rica y directora, a pesar de que la rusticidad cristiana no se compadecía con el refinamiento filosófico de una cultura superior. Esa misma clase, aunque ilustrada, re-

1. *Mort de Pereginus,* 13. Citado por RENAN, *Les Apôtres,* París, 1866, pág. 78.

tórica y pensadora, no podía oponer al Cristianismo otra fe mucho más intelectiva; el politeísmo grecorromano, a pesar de su atractivo estético, resultaba ahora retrógrado. La filosofía ya anunciaba puede decirse, por medio de sus más populares escuelas, una religión menos pueril e inconsistente, en una palabra, una religión más adelantada, que llegaría, por lógica inferencia, al monoteísmo. Ahí, a pesar de todas las obscuridades del dios trino, el Cristianismo implicaba desde luego un adelanto que se anunciaba desde los lejanos tiempos griegos de Sócrates.

En tal sentido, oportuno es recordar que la misma filosofía había predispuesto los ánimos, si no para las creencias en lo sobrenatural cristiano, al menos para su ética. El platonismo y el estoicismo, sobre todo, coincidían en sus teoremas fundamentales con la moral cristiana. El primero, por su tendencia idealista y sentimental; el segundo, aunque no en tan alto grado y de manera tan completa, por su austero, su místico concepto del deber. No sólo el platonismo, como se dice, ha servido de «prefacio a los Evangelios»; puede generalizarse el hecho a toda la filosofía grecorromana, algunas de cuyas escuelas, como el epicureísmo, han sido después inconscientemente calumniadas por los cristianos. Y, acaso de modo más eficaz que la filosofía, como veremos en el siguiente parágrafo, preparó el terreno el derecho romano de la segunda época, el de los jurisconsultos estoicos del tiempo de los Antoninos. A pesar de su inmensa transcendencia y sus decisivas proyecciones sobre lo futuro, el Cristianismo no vino así a innovar brusca y violentamente. Sirvió de acumulador y condensador de fuerzas que, si bien dispersas, tenían de antemano cargada la atmósfera del mundo antiguo.

En síntesis, al finalizar el siglo III era desesperante la situación de la sociedad romana, entendiendo por tal sociedad el pueblo romano propiamente dicho y el de las provincias mejor romanizadas, con la necesaria salvedad del escaso grupo de las ricas familias patricias de Roma y la península itálica. La situación de aquellos pueblos era como la de un enfermo desahuciado que, al

sufrir horribles dolores, anhela y aceptaría cualquier remedio, por cruel que fuese, si su aplicación le diera esperanzas de mejoría y cura. Este remedio heroico, brebaje que le pareciera tan repugnante, termocauterio, amputación, todo en conjunto, no podía ser otro que abrazar la fe de Cristo. ¡El todo por el todo! Es así que el Cristianismo se presenta como verdadera panacea de redención económica, política y moral. Y por cierto que la aplicación de ese ideal religioso de paz, humanidad, humildad, castidad, beatitud, no resultó tan repulsiva y violenta como se temiera. Preparado fundamentalmente por la cultura antigua y ocasionalmente por una lucha de tres siglos, el pueblo romano la soportó casi sin exhalar una queja, como con júbilo; diríase que el largo padecimiento había previamente anestesiado su organismo. Pero, sin duda, aunque ya tan poco costara el abrazarla, la nueva fe no pudo salvar al mundo antiguo. Más que por sus desórdenes y aniquilamiento interno, tenía que caer bajo el empuje de otros pueblos más jóvenes y vigorosos que lo venían acechando. El Cristianismo, que llegó a modificarlo y transformarlo, no acabó con él, sino la invasión de los bárbaros del norte.

Muy difícil, si no imposible, es establecer a ciencia cierta la época y forma de la difusión del Cristianismo en las diversas provincias del Imperio. Corren a ese respecto historias más edificantes que verídicas. Créese vulgarmente que los apóstoles hicieron una especie de repartija del mundo civilizado, dividiéndoselo en provincias, de modo que cada cual fué a evangelizar la que le correspondiera. Piadosa tradición supone así que el apóstol Santiago el Mayor fué a propagar su credo en el norte de España; pero ni la misma Iglesia católica se atreve ho a afirmarlo [1]. Otra tradición, y ésta con menos visos de fantasía, presume que fué el apóstol San Pablo quien evangelizara el sur de la península. Sea lo que fuere, lo cierto es que varios cronistas e inscripciones fidedignas testifican que el Cristianismo fué allí predicado desde el pri-

1. MENÉNDEZ Y PELAYO, *op. cit,* tomo I, pág. 47.

mer siglo de la nueva era. Había entonces, entre los catecúmenos, un vivo ardor proselítico que se propagó por todo el mundo civilizado; la humilde y creciente Iglesia de Roma difundía por doquiera su fe. Por eso, hacia el siglo IV, cuando el príncipe la adoptó oficialmente, no hizo más que confirmar un estado de hecho consumado o próximo a consumarse en España, como en las demás provincias civilizadas del dilatadísimo Imperio.

El Cristianismo penetró más rápida y hondamente en España que en otras provincias romanas. Su fase espiritual, mística, concordaba acertadamente con el alma de la raza celta, aventajando sin duda, en elevación e intelectualismo, al antiguo culto naturalista y druídico. Su fase práctica, si no política, en cuanto propendía a igualar entre sí a todos los hombres, debió halagar en sus fibras más recónditas el individualismo de los iberos. Los vengaba de la sujeción romana, haciéndolos moralmente iguales y aun superiores, como humildes y dominados, a sus orgullosos dominadores. Respecto de todo el conjunto de la población celtoibera la Iglesia venía a formarle núcleos populares, que en cierta manera reemplazaban sus antiguas instituciones locales independientes. Tenía esto singular importancia, puesto que las exorbitantes exigencias del fisco romano habían aniquilado y pervertido las instituciones municipales, a punto de que los curiales renunciaban a su condición y trataban de esquivar su desempeño, para librarse así de las cargas fiscales que sobre ellos pesaban. Las asambleas de las comunidades cristianas, últimos refugios o primeros restablecimientos de las libertades locales, venían a ser presididas por obispos, cuya preeminencia personal les daba un verdadero carácter representativo. Poco importa que los apóstoles Santiago y San Pablo evangelizaran o no la península; lo cierto es que bastaron tres siglos para que el Cristianismo se arraigase hondamente, al menos en las ciudades. Claro que, en los campos, por la ignorancia y falta de cohesión social de sus diseminados habitantes, quedó todavía por mucho tiempo en pie el paganismo. Tiene esto escasa importancia, porque las

ciudades, con su mayor cultura y su calidad de agrupaciones directoras, imponían su sello y sus costumbres al resto del país. Ya se irían, con el tiempo, convirtiendo las gentes rústicas de los campos; el ardor catequístico de los cristianos de las ciudades extendería hasta allí la nueva fe. Cuya nueva fe, concordando con el misticismo celta, con el individualismo ibero y dando a todo el pueblo representación y personalidad siquiera en el gobierno religioso, tan estrechamente ligado al gobierno civil, debía asumir todos los caracteres de una institución nacional, ¡de la institución nacional! La Iglesia española se identificaba con el pueblo mismo de España.

Verdad que, si bien nacional, esa Iglesia estaba supeditada a la de Roma. Pero esta sujeción no constituía en realidad reato incómodo y deprimente. Lejos de ello, la supremacía romana venía a ser positivamente útil a la Iglesia española, y aun indispensable para conservar su unidad; la autoridad del papa era eficacísima fuerza para destruir las heterodoxias y evitar los cismas. Además, no tenía un carácter muy marcadamente antinacionalista, desde que era más bien espiritual y hasta cierto punto teórica, y, en todo caso, demasiado lejana y prudente para constituir un nuevo peligro de dominación política. Por otra parte, como lo hemos dicho, ya el Imperio romano había acostumbrado a la raza a una disciplina bastante más dura y odiosa. En lógica comparación, la eclesiástica no podía menos de resultarle llevadera y simpática.

A todas esas razones para la verdadera nacionalización de la Iglesia católica en España, débese añadir su conveniencia para paliar un tanto la rudeza y crueldad de los invasores bárbaros; el Cristianismo era todo un freno a sus crueldades y violencias. Amagada España por ellos y luego conquistada, encontró en la propagación del Evangelio, no sólo un baluarte de su nacionalismo, sino también un principio de paz y fraternidad. Catequizar a los bárbaros sería contener sus depredaciones, asimilarlos a la tierra conquistada, y hasta reconquistarlos a su vez. Ya que no se

les podía expulsar del territorio, llegábase a un avenimiento que sólo había de patrocinar la religión de Jesús.

§ 34

EL DERECHO ROMANO Y LA DIFUSIÓN DEL CRISTIANISMO

El derecho romano, con su orientación marcadamente estoica, llevaba en germen el principio de la dignidad humana, y, por tanto, de la igualdad moral de todos los hombres, fueran libres o esclavos, ciudadanos o extranjeros, ricos o pobres. Tomaban los jurisconsultos su doctrina de los filósofos. Séneca dijo : « Todos los hombres, si nos remontamos a sus orígenes, tenían a los dioses por padres [1]. » Extremando jurídicamente la lógica de ese principio, Ulpiano afirma que, « por derecho natural, todos los hombres nacen libres e iguales » [2].

Bajo la influencia de la filosofía estoica, y, en general, por los progresos de la cultura, el derecho pierde su antigua rudeza y radicalismo ; se humaniza y facilita. Bajo los Antoninos, según la nueva legislación, se reglamentan los castigos corporales. « Matar al esclavo se hace un crimen. Tratarlo con exceso de crueldad es un delito que entraña para el amo la necesidad de vender al infeliz que ha torturado. El esclavo, en fin, se presenta ante los tribunales ; se hace una persona, miembro de la ciudad. Es propietario de su peculio ; tiene su familia ; no se pueden vender separadamente al hombre, la mujer y los hijos. La sujeción de las personas serviles es limitada. El amo no puede, en ciertos casos, vender sus esclavos para hacerlos combatir en el anfiteatro con las fieras. La sierva vendida bajo la condición de *ne prostituatur* es preservada del lupanar. Hay lo que se llama *favor libertatis ;* en

1. SÉNECA, *Epist.* XLIV y LVII. Citado por RENAN, *Marc-Aurèle et la Fin du Monde antique,* pág. 30.

2. *Digesto,* I, 14 ; L, XVII, 32. Citado por RENAN, *op. cit.,* pág. 30.

caso de duda se admite la interpretación más favorable a la libertad. Se juzga con humanidad contra el rigor de la ley, a menudo aun contra la letra expresa del testamento. En el fondo, los jurisconsultos, a partir de Antonino, imbuídos de estoicismo, consideran la esclavitud como una violación de los derechos de la naturaleza, y ponen trabas para restringirla. Marco Aurelio va más lejos, y reconoce, en cierto límite, derechos a los esclavos sobre los bienes del amo. Si nadie se presenta a hacerse adjudicar la herencia del testador, los esclavos están autorizados para hacerse adjudicar los bienes; sean uno solo o varios los admitidos a la adjudicación, ella tiene para todos los mismos efectos. El liberto está igualmente protegido, por las leyes más serias, contra la esclavitud, que tiene miles de maneras para reasirlo [1]. »

Si tanto se mejora la condición del esclavo, con mayor razón la legislación de la familia adquiere caracteres más sentimentales y simpáticos. El padre no es ya aquel déspota con derecho de vida y muerte sobre su mujer, sus hijos y sus esclavos. « El hijo queda bajo la dependencia del padre; pero deja de ser una cosa de su propiedad. Los más odiosos excesos, que el antiguo derecho romano permitía a la autoridad paterna, fueron abolidos ó restringidos. El padre tenía deberes para con sus hijos, y nada podía reclamar sin haberlos cumplido; el hijo, por su parte, debía a sus padres socorros alimenticios, en proporción a su fortuna [2]. » La madre, que en el antiguo derecho no formaba propiamente parte de la familia, adquiere cierta personalidad; ahora los hijos pueden heredarla. Se dictan leyes sobre la tutela y la curatela, protegiendo a los menores. El derecho penal se hace menos formalista, y se tiene en cuenta la intención del agente. El gran principio estoico de que la culpabilidad reside en la voluntad se establece por fin en el derecho [3].

1. RENAN, *op. cit* , págs. 25-26.
2. *Ibid.*, págs. 26-27.
3. *Ibid.*, págs. 27-28.

En la práctica, la generalización del *ius naturale* hasta las más apartadas regiones del Imperio implica eficacísima educación y preparación, por el concepto matriz de la justicia universal, a la ética cristiana, que ya estaba *ad portas*. Esta preparación no podía haberla realizado la filosofía en sí misma, pues que, por su carácter abstracto y especulativo, sólo era cultivada por los intelectuales. En cambio, el derecho, por su carácter necesario y concreto, se hizo pronto patrimonio de todos los súbditos del Imperio. Los saludables efectos de la filosofía se dejaron sentir, más que en la región lejana de las doctrinas científicas, en el terreno inmediato del derecho positivo.

La ética grecorromana, aristocrática por excelencia, constituía una filosofía del mando y el poder; la cristiana, esencialmente democrática, de la humildad y el trabajo. El punto donde mayormente contrastan una y otra, a pesar de tener sus semejanzas y contactos, se refiere a los ministerios materiales; si para la una eran esas *sordidae artes,* indignas del hombre libre, para la otra, como pruebas de resignación y modestia, antes bien lo elevan y dignifican. Por esa contradicción capital, aparte del carácter intelectivo y superior de la alta filosofía pagana, difícilmente podían avenirse ambas tendencias. Pues bien, el derecho no proclamó aquel principio contrario al trabajo material, ni tenía para qué proclamarlo. De ahí que no contradijera, ni en el fondo ni en la forma, tan profundamente al Cristianismo.

Jurisconsultos é historiadores se extienden preferentemente sobre la influencia que ejerciera la fe cristiana, desde la conversión de Constantino en adelante, sobre el derecho romano. El derecho romano del tercer período, el derecho justiniáneo, es cristiano en su espíritu y tendencia, lo es como esencialmente. Sin embargo, no puede negarse que la transición, lejos de ser súbita y total, fué gradual y paulatina; clara y explícitamente se venía elaborando y preparando desde Augusto. Aunque no profesaran el Cristianismo, ni podían conocerlo a fondo, los jurisconsultos de la época de los Antoninos sentaron doctrinas que con él

concertaban ; puede decirse que eran cristianos vagamente y sin saberlo. Los conceptos fundamentales de la justicia y sobre todo de la equidad coincidían en parte con la igualdad de la nueva doctrina « galilea ». Por esto, si el Cristianismo ejerció influencia sobre el derecho romano del tercer período, el del segundo preparó el terreno para el advenimiento de la naciente religión, y, en general, todo el derecho romano influyó poderosamente en la formación del derecho canónico. En rigor, fué acaso más decisiva la influencia del derecho romano sobre el Cristianismo que la de éste sobre aquél.

La doctrina cristiana se puso desde su origen en pugna con la filosofía pagana, porque ambas se disputaban el campo de las verdades transcendentales. No podían subsistir frente a frente, pues que no cabían ambas en el mundo de la conciencia ; o una, u otra. Los filósofos burlábanse de los cristianos y los cristianos se defendían de los filósofos. La lucha era, al menos por el momento, a muerte. Sólo después del triunfo podría reconocer el Cristianismo cuánto había trabajado en su favor, para su comprensión, la filosofía precristiana. Con el derecho no pasó lo mismo. Ambos, Cristianismo y derecho, cabían en un saco. Éste, por su parte, no se inmiscuía en lo absoluto y transcendental ; dejaba ese campo libre a la religión ; la cual, a su vez, no se entrometía en materia de los intereses terrenales, que regla y delimita el derecho.

El propio Jesús plantea el principio clara y categóricamente al decir : « Mi reino no es de este mundo [1]. » Ello equivale a sentar la norma de una suprema indiferencia respecto a toda cuestión puramente económica o política. Tal tendencia se precisa cuando exclama, rechazando una moneda : « Dad al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios [2]. » Que se ocupen el César y la administración romana de política y riquezas ; Dios sólo se interesa de cuanto atañe a los sentimientos y las creencias internas.

1. Juan, XVIII, 36.
2. Mateo, XX, 21 ; Lucas, XX, 25.

Jesús pone así la piedra angular del Cristianismo puro: su completo abstraimiento respecto al derecho considerado en sí mismo.

A ese principio se ciñen estrictamente los apóstoles y los primeros padres de la Iglesia. Repudian ellos el derecho germen de todos los derechos, el derecho tipo, el derecho de propiedad. « La naturaleza, dice San Ambrosio, ha sido dada en común a ricos y pobres. ¿ Por qué, oh ricos, os arrogáis vosotros solos el derecho de propiedad? La naturaleza ha creado el derecho común: la usurpación hizo el derecho privado [1]. » « ¿ Con qué derecho, pregunta San Agustín, posee cada cual lo que posee? ¿ No es por derecho humano? Según el derecho divino, Dios ha hecho a los ricos y los pobres del mismo barro y una misma tierra los sustenta. Es por virtud del derecho humano por lo que puede decirse: « Esta ciudad es mía, esta casa es mía, este esclavo me pertenece. » Mas el derecho humano no es otra cosa que el derecho imperial. ¿ Por qué? Porque por medio de los emperadores y los reyes del siglo distribuye Dios el derecho humano al género humano. Suprimid el derecho de los emperadores, ¿ quién osará decir: « Esta ciudad me pertenece, este esclavo es mío, esta casa es mía [2]? » La Iglesia no tiene así transcendente necesidad de atacar el derecho imperial. Puede dejarlo subsistir, mientras haya hombres que lo apliquen; lo que a ella mayormente corresponde es salvar las almas de los buenos. Pueden desarrollarse paralelamente el derecho y la religión, sin que la acción del uno deba destruir forzosamente la existencia del otro. Cierto que en abstracto se censura el derecho imperial y se le niega valor ético. En concreto, puede ejercitarse con beneficio directo de los cristianos, ayudándolos a vivir por medio de la caridad; o bien con beneficio indirecto, imponiéndoles penas y haciéndoles injusticias cuyo sufrimiento resignado perfeccionará su naturaleza moral y les abrirá el camino del cielo.

1. Ambrosio, *De offic.*, I, XXVIII.
2. Agustín, *In Evangel. Johanis, Tract.*, 25-26.

El Cristianismo puro, como consecuencia de su negación abstracta de la propiedad, niega, también abstractamente, si no la autoridad, su valor ético para quienes la ejercen. Todos los hombres son iguales ante Dios. « Ya no hay judío ni gentil, dice San Pablo, hombre ni mujer, siervo ni señor, pues todos sois unos en Jesucristo [1]. » Se establece el principio ecualitario, remoto germen de la democracia moderna. Pero no se le da alcance ni efectividad para la ciudad del hombre ; sólo vale para la ciudad de Dios. Esto último, el carácter puramente místico del principio, lo hace hasta cierto punto inofensivo para el César. Es más ; inofensivo por el momento, al proclamar la resignación y la disciplina, puede también ser un coadyuvante del poder. Mantiene de hecho, con la indiferencia política, la autoridad ; quita todo valor ético a la rebelión. Los cristianos han de acatar a las autoridades y la administración, mientras no se los coarte en el ejercicio de su fe. Aun « los siervos deben ser obedientes a sus señores, dándoles gusto en todo, y no respondones » [2]. Comprendida] esta situación, los mismos emperadores podrán hacerse cristianos, sin menoscabar con ello el principio de gobierno del Imperio. « ¡ Dad a César lo que es de César ! »

Todo ello, naturalmente, en el Cristianismo puro y los comienzos de la Iglesia. Más tarde, en la edad media, la Iglesia pierde su tendencia positiva y prácticamente ecualitaria y su actitud de espectadora ante el derecho y la política. Una vez triunfante, por principio de propia conservación y engrandecimiento, se hará de hecho aristocrática y monárquica. Entonces el derecho romano le servirá, en lo público, por su carácter imperialista, para fundamentar la teoría de la monarquía de derecho divino, y, en lo privado, por sus instituciones patriarcales, para las construcciones del derecho canónico sobre la organización de familia y los derechos patrimoniales derivados de los vínculos de la familia.

1. PABLO, *Epístola a los Galatas,* III, 28.
2. PABLO, *Epístola a Tito*, II, 9.

§ 35

EL ESTADO ROMANO Y LA IGLESIA CATÓLICA

En los tres primeros siglos, con interrupciones y alternativas, el emperador y el Senado ensayaron todos los sistemas para extirpar el Cristianismo. Las persecuciones más crueles y prolongadas, desde Nerón a Diocleciano, no habían dado resultado ; tampoco lo daba la indiferencia. Perseguidos o tolerados, el torrente de los cristianos engrosaba de día en día. Los espíritus, ya preparados por la filosofía en la clase culta, ya por la experiencia en la ignorante, estaban cansados de combatirlo. Una última persecución, a principio del siglo IV, no había sido menos ineficaz y hasta contraproducente que las anteriores. Asumió entonces el poder, en una parte del Imperio, Constantino. Espíritu clarividente y audaz, vió que no le quedaba otra política que dar una especie de golpe de Estado y convertirse él mismo al Cristianismo. Hízolo así, y, en el año 312, después de su victoria sobre Majencio, publicó un edicto que ponía fin a la persecución y concedió a los cristianos la libertad de su culto. Al año siguiente, como esta nueva política no le acarrease mayores contingencias, se reunió en Milán con su colega el emperador Licinio, que era a la sazón su amigo e iba a ser su cuñado, y lo decidió a que juntos dictaran el célebre edicto llamado de Milán, que parece poner punto a la era pagana, para iniciar definitivamente la cristiana.

El edicto comienza del tenor siguiente : « Nos, Constantino y Licinio augustos, habiéndonos reunido en Milán para tratar todos los asuntos que conciernen al interés y a la seguridad del Imperio, hemos pensado que, entre los asuntos que debían ocuparnos, nada sería más útil que regular primero lo que atañe a la manera de honrar a la divinidad. Hemos resuelto conceder a los cristianos y a todos los demás la libertad de practicar la religión que prefieran, a fin de que la divinidad que reside en el cielo sea propicia

y favorable, tanto a nosotros, como a todos los que viven bajo nuestro dominio. Nos ha parecido que era un sistema muy bueno y muy razonable no negar a ninguno de nuestros súbditos, ya sea cristiano o ya pertenezca a otro culto, el derecho de seguir la religión que más le convenga. De este modo la divinidad suprema, que cada uno de nosotros honrará en lo sucesivo libremente, podrá concedernos su favor y su benevolencia acostumbradas. Conviene, pues, que Vuestra Excelencia[1] sepa que suprimimos todas las restricciones contenidas en el edicto anterior que os enviamos a propósito de los cristianos, y que, a partir de este momento, les permitimos observar su religión, sin que puedan ser molestados de modo alguno. Tratamos de hacéroslo saber de la manera más precisa, para que no ignoréis que dejamos a los cristianos la libertad más completa, más absoluta para practicar su culto; y, puesto que lo concedemos a los cristianos, Vuestra Excelencia comprenderá que los otros deben poseer el mismo derecho. Es digno del siglo en que vivimos, y conviene a la tranquilidad de que goza el Imperio, que la libertad sea completa para todos nuestros súbditos de adorar al dios que han escogido, y que ningún culto esté privado de los honores que se le deben[2]. »

Indudable es que el edicto fué inspirado y tal vez proyectado por cristianos. Pero su texto no revela por cierto a un fanático; antes bien a un gobernante sensato e ilustrado, que se pliega a las necesidades de los nuevos tiempos. Repítese hasta cinco veces la idea capital de la tolerancia para con el culto cristiano, como para que entre en los espíritus más hostiles; es que la novedad, aunque lentamente preparada, tenía que sorprender y chocar a la opinión. Luego vienen una serie de disposiciones importantes para

1. *Dicatio tua,* título honorífico dado a los magistrados romanos, pues el edicto, como era costumbre, se dirigía a modo de circular a los gobernadores de provincia. BOISSIER, *La Fin du Paganisme,* tomo I, pág. 42.

2. Puede verse la traducción latina del texto griego que da EUSEBIO PAMPHILIIS, *Historiae Ecclesiasticae, Scriptores Graeci,* Col. Allobr., 1712, tomo I, págs. 288-289.

los cristianos. Debe ponérseles en posesión de todos los templos, cementerios y bienes que se les confiscaron y existen en poder del Estado o de los particulares; si éstos los poseen con justo título y de buena fe, el Estado deberá indemnizarlos.

Apenas dictado el edicto de Milán, sucediéronse en brevísimo espacio de tiempo, durante los gobiernos de Constantino y de sus hijos y sucesores Constancio y Constante, numerosas constituciones imperiales favorables a la nueva fe. Se permitió a la Iglesia recibir donaciones y legados. Se preceptuó la observancia del domingo. En memoria del suplicio de Cristo se abolió la pena de la crucifixión. Encareciendo la Iglesia la castidad y la virginidad, se derogaron las leyes que penaban el celibato. Otorgáronse a los sacerdotes cristianos las exenciones de que gozaban los paganos. Como muchos, para eximirse de la gravosa carga del pago de las contribuciones municipales podían hacerse sacerdotes cristianos, Constantino prohibió que abrazaren ese estado quienes tuviesen suficientes bienes de fortuna para pagarlas. Las manumisiones de esclavos hechas ante sacerdotes cristianos se consideraban válidas. Se permitió a los cristianos su inasistencia a las ceremonias paganas y a los juegos públicos, que acabaron oficialmente por suprimirse. La Iglesia, de tolerada, pasó a ser protegida y privilegiada; de protegida y privilegiada, a constituirse en la verdadera y predominante Iglesia oficial. Esto no sin sus últimas luchas, y después de tentativas reaccionarias, como la de Juliano y la del Senado romano que motivó la representación de Símaco ante Valentiniano II. El paganismo se resistía aún; profesado por los ricos y especialmente en la piadosa Roma, murió con un brillo y boato que hacía curioso contraste con la obscuridad y pobreza del Cristianismo naciente.

La lucha social entre el paganismo y el Cristianismo es la más larga y cruenta que la historia registra. Difícilmente podía resignarse la sociedad romana a que un culto nuevo, venido del extranjero, entrando subrepticiamente, echase por tierra sus más caras convicciones y substituyese la religión de sus mayores. ¿No simbolizaba ésta

sus glorias, su grandeza, la patria vencedora y dominadora? En la admirable defensa del paganismo moribundo que hace Símaco, en nombre del Senado o de los senadores todavía paganos, ante el emperador cristiano Valentiniano II [1], comienza por establecer la legitimidad de la religión nacional: «Cada cual tiene sus usos, dice, cada cual tiene su culto. La Providencia divina *(mens divina)* señala a cada ciudad protectores diferentes. Del mismo modo que cada mortal recibe su alma al nacer, cada pueblo se atribuye genios particulares que rigen sus destinos [2].» Tal es el principio filosófico del paganismo del Bajo Imperio: dejar a Roma el culto que la hizo señora del mundo. Este culto es necesario, este culto es útil. «Las religiones se juzgan por los servicios que prestan, dice Símaco; el hombre no se adhiere a los dioses sino cuando le han sido útiles... Puesto que toda causa primera está envuelta en nubes, ¿en qué signo reconocer la divinidad, sino en un pasado de triunfo y de gloria? Si, pues, una larga serie de años establece la autoridad de una religión, conservemos la fe de tantos siglos, sigamos a nuestros padres, que durante tanto tiempo han seguido con provecho a los suyos [3].» Así se plantea la cuestión, de una manera que diríamos utilitaria, «sin entrar en discusiones teológicas», indignas de hombres de Estado.

Planteada la cuestión, filosófica y positivamente, Símaco ve, en el culto pagano, el culto de la patria. Es religioso, no por convicción teológica, antes por nacionalismo. Hasta ahí está en un terreno firme. Pero la utilidad del antiguo culto no resulta claramente demostrada desde el punto de vista de la felicidad del pueblo en su época, las postrimerías del siglo IV; aquí es donde su argumentación flaquea, pues que el senador aristócrata circunscribe la patria en su reducida clase social y abstractamente. Olvida que ese culto no es ya favorable a las condiciones de vida de la inmensa mayoría des-

1. Citada y comentada en Boissier, *op. cit.*, tomo II, págs. 274-278.
2. Boissier, *op. cit.*, tomo II, pág. 277.
3 *Ibid.*, tomo II, págs. 275-276.

valida y desconsolada. No se le podía pedir a él que comprendiese esto, pues que los conservadores de todas las épocas y pueblos han fundado siempre su optimismo social en una completa ceguedad para no ver más allá de sus propias conveniencias de clase. Más clarividentes eran los emperadores cristianos, como Constantino y Graciano. Aunque ellos no razonaran a la manera de los filósofos, y mucho menos de los actuales historiógrafos y sociólogos, tenían una especie de intuición secreta de las verdaderas conveniencias sociales, esa admirable intuición que acompaña como un instinto seguro a los grandes y verdaderos estadistas. Más que razonan, ven. No adaptan, sino se adaptan. Además, no olvidemos la naturaleza originaria y como esencial del principado en la primitiva diarquía del Senado y el príncipe. Símaco representa las tradiciones aristocráticas del Senado; Valentiniano, como todos los emperadores, el origen popular del poder imperial.

Hay en la oración de Símaco un soplo místico que, apartándolo del politeísmo castizo, lo acerca al Cristianismo, por una especie de monoteísmo filosófico. « Reconozcamos, dice, que este Sér, al cual se dirigen las plegarias de todos, es el mismo para todos. Contemplamos todos los mismos astros; el mismo cielo nos es común; estamos contenidos en el mismo universo. ¿ Qué importa de qué manera busque cada cual la verdad? Un solo camino puede bastarnos para llegar a ese gran Misterio... [1] » Este arranque filosófico está ya muy lejos del politeísmo vulgar. Y es de observarse que, desde Cicerón, se nota ya un vago sentimentalismo como cristiano en los espíritus selectos de esos últimos siglos del paganismo. Tal es la obra de la sana filosofía, que hace de Marco Aurelio un cristiano sin creencias cristianas, una especie de emperador asceta, ante todo justo y humanitario. Las almas, aun las de los más recalcitrantes aristócratas, estaban bien dispuestas para la comunión de la nueva fe.

Las persecuciones a los primitivos cristianos y sus atroces mar-

1. *Ibid.*, tomo II, pág. 278.

tirios habían mitigado la originaria indignación. Adoctrinada por la filosofía, la opinión acabó por compadecerlos, y se los llegó a admirar. La superstición popular pudo ver en su firmeza de fanáticos, tan repulsiva en un principio, algo de sobrenatural. Las gentes supersticiosas debían sentirse intimidadas antes de conocer la doctrina: después de conocerla, siendo miserables y necesitadas de consuelo, confortadas y atraídas. Una vez conversa una parte del pueblo, el gran paso estaba dado. Los demás, los ricos y poderosos, seguirían ese camino de perfeccionamiento. Primeramente, por una especie de espíritu de contradicción para con sus pares, por amor a lo nuevo y como por moda, así como por aspirar a un mayor refinamiento y adelanto moral; ya en el siglo II pertenecían a la clase senatoria, en Italia, buena copia de las dignidades eclesiásticas. Luego se abjuró del paganismo también por comodidad y provecho; para atraerse la protección de los emperadores cristianos convenía afiliarse a sus creencias. La cobardía y falta de convicciones de la clase culta terminó por hacerla adherirse al movimiento, aunque tal vez no muy convencida, y dar el triunfo definitivo al Cristianismo.

En los primeros años del Cristianismo, considerábase que su triunfo implicaría el total aniquilamiento del derecho romano y del poder imperial. Por eso hacíase menester moverle guerra de muerte. Pero lentamente fué haciéndose en la opinión popular una convicción distinta; el Cristianismo atacaba sólo a los dioses, dejando subsistente el orden jurídico y la organización del Estado. Más aún; propendía a difundir su respeto y acatamiento. Como si todo ello no bastase, se vió que iba todavía más lejos, pues que al substituir todas las creencias podía proporcionar al Imperio una unidad y cohesión moral benéfica a su gobierno. Esto fué comprendido por los emperadores cristianos, cuya catolicidad se presenta más como acto de política que de convicción religiosa. Aquellos paganos que veían el mundo filosóficamente desde lo alto y que casi siempre recibieron una sólida educación filosófica tenían que ser, en el fondo, incurablemente escépticos. No ol-

videmos que fueron principalmente los padres de la Iglesia quienes transmitieron a la posteridad sus conversiones, para ejemplarizar a los humildes e ignorantes que se mantuvieran todavía reacios. Como parte interesada, han magnificado actos de fe política como si lo fueran de fe religiosa, y esto más o menos inconscientemente, engañándose en su celo evangelista a sí mismos antes que a los demás.

Ya antes de la conversión de Constantino, y con mayor razón después, el Cristianismo, o, mejor dicho, la Iglesia católica, aprovechó empíricamente la organización imperial. Fué como un raudal que se extendió por los naturales declives y canales del suelo. Primero se concentró en las grandes ciudades, y luego fué irradiando a la campaña y hasta a las más lejanas provincias. En tal sentido ha podido decirse que el fundador del mapa del Cristianismo fué Augusto [1]. « Las divisiones del culto de Roma y de Augusto fueron la ley secreta que lo reguló todo. Las ciudades en que residía un flamen o *archierens* son las que más tarde tuvieron un arzobispo ; el *flamen civitatis* vino a ser el obispo [2]. » Hay, sin embargo, sus exageraciones en esta opinión. El culto al emperador y a Roma no tuvo una organización tan neta y jerárquica. Mas no puede negarse que la administración imperial, sobre todo en la parte de ese culto, influyó poderosamente en el mapa católico. Verdad que ese acercamiento del culto imperial y el católico es aquí más de forma que de fondo, más geográfico y administrativo que teológico y transcendental ; pero no por ello deja de ser real y evidente. Los mismos aristócratas romanos, que tanto lucharon por conservar el culto pagano en la ciudad de Roma, so color de que ella era el centro tradicional del Imperio, contribuían a robustecer el principio de supremacía jerárquica que hizo de esa ciudad el centro de la Iglesia, y, de su obispo, el jefe universal o papa. De este modo, así como el derecho romano facilitara la difusión

1. Renan, *op. cit.*, pág. 411.
2. *Ibid.*, págs. 411-412.

de la doctrina cristiana, la política imperial fué parte a dar a la Iglesia esa sólida organización administrativa que ha conservado hasta nuestros tiempos.

Fuera de este aspecto del mapa cristiano, aun más eficaz influencia tuvo la política imperial en la organización de la Iglesia, al educar a los pueblos en una disciplina centralizadora y coercitiva. El vasto Imperio estaba ya todo acostumbrado a sufrir ese yugo y a vivir sujeto a un poder absorbente y absoluto. Sufríalo a regañadientes, puesto que era de origen militar y le imponía exorbitantes contribuciones fiscales. Más tarde, cuando la irrupción de los bárbaros acabó con el Imperio político, no podía menos de resultar, por el contraste, altamente benéfica y llevadera una sujeción a la Iglesia de carácter marcada si no puramente espiritual. ¡ Caducos los Césares, bienvenidos los papas, que no mandaban ejércitos desenfrenados ni esas insaciables sanguijuelas de los legados y procuradores imperiales ! Se comprende a primera vista la entusiasta popularidad de ese gobierno espiritual, cuyo objeto no parecía otro que el bienestar y la salvación de pueblos tantos años oprimidos y esquilmados. El triunfo de la Iglesia presenta así, además de su fase positiva de consuelo y redención, su fase negativa de suceder y acabar aparentemente con un régimen que llevaba el mundo todo a su ruina. Sólo mucho más adelante, en el correr de los tiempos, se vería que la Iglesia no podía quedar tan extraña e indiferente a los futuros despotismos.

La Iglesia católica no hubiese alcanzado jamás esa unidad que constituye su fuerza política y es la admiración de los siglos, sin el antecedente del Imperio romano. La autoridad del césar educó largamente al mundo civilizado para que después se respetara la autoridad del papa. Si el obispo de Roma hubiese carecido de ella, pronto el Cristianismo se habría dividido en innumerables confesiones y sectas que recíprocamente se desacreditasen y destruyeran. Su caso sería el de la antigua filosofía pagana. Recuérdense las heterodoxias que surgían por doquiera en los siglos III, IV y V, entre las cuales hubo algunas tan poderosas, como el

Arrianismo, el Gnosticismo y el Maniqueísmo, que pusieron seriamente en jaque al papado. La ortodoxia triunfó entonces en virtud de una disciplina universal que sólo tiene semejanza con el gobierno de los emperadores romanos que le trazó la pauta. De otro modo sería absolutamente inexplicable para las ciencias humanas, no tanto la difusión del Cristianismo, cuanto la fortaleza y permanencia de la Iglesia católica.

§ 36

LA ORGANIZACIÓN DE LA IGLESIA Y EL CLERO

La organización de la Iglesia católica no ha procedido de un plan previamente planteado, ni de estatutos, ni de controversias, ni de una determinada autoridad, siquiera sea la papal. Es genuino producto de un largo empirismo impuesto por las necesidades históricas ; mas que, como una obra humana, crece y se multiplica como un organismo natural. La propia autoridad del papa tardó siglos, si no en definirse, en precisar su absolutismo y universalidad. Todo producíase según las requisiciones y necesidades del momento. Cierto es que las enseñanzas de los apóstoles y las Escrituras servían de base a la Iglesia primitiva ; pero debe reconocerse que más bien desde el punto de vista moral que desde el político. El Cristianismo puro, la doctrina originaria de Jesús, menospreciaba y hacía de lado toda política, aun la indispensable para organizar un cuerpo de gobierno puramente religioso, cual lo fué la Iglesia católica en los primeros siglos de su existencia. Como antecedente y norma, más eficaz vino a ser la política romana, aunque se proyectara en la Iglesia lenta e indirectamente, casi vergonzantemente. Puede decirse que la organización eclesiástica estaba todavía en embrión al caer el Imperio Occidental, y que, sólo después de caído, la Iglesia recogió su herencia y acabó de aprovecharla, precisando sus instituciones gubernamentales.

El modo gradual y experimental de ensayo y tanteo, aunque seguro y firme, con que se fué organizando, es la primera causa, al menos humana, de su sabiduría y excelencia. Un hombre, varios hombres, muchos concilios, podrían haberse equivocado ; cientos, millones de hombres y muchos siglos, en un continuo estado de elaboración, difícilmente se equivocan. De ahí esa sensatez y solidez con que se formaron las instituciones eclesiásticas, donde se da el gobierno generalmente a los más aptos, se combinan la democracia y la aristocracia, la libertad y el absolutismo, la fuerza y la prudencia, y todo está reglado y calculado y tiende al mayor poderío y gloria de la Iglesia.

El principio de autoridad. — El Cristianismo no es una *religión natural,* nacida espontánea y anónima en el alma de un pueblo, como el politeísmo pagano. Antes bien es una *religión de cultura,* predicada por un gran Mesías innovador y asentada sobre antiguas religiones naturales que le sirven de antecedencia y base. Este origen cultural y mesiánico del Cristianismo le da el carácter esencial de un principio supremo de autoridad, que se hace dimanar de Dios mismo. Jesús se mantuvo sabiamente apartado de toda metafísica, sin más dogma que su propia filiación divina y la divinidad de su misión. Todo el símbolo de la Iglesia primitiva puede escribirse en una sola línea : « Jesús es el Mesías, hijo de Dios [1]. » Esta creencia, que descansaba en parte sobre la predicación de Jesús y en parte sobre el argumento de su resurrección, da a su palabra la autoridad del Verbo divino, y graba hondamente en sus apóstoles y demás discípulos el principio de la autoridad religiosa, que más tarde se constituirá en la infalibilidad de la Iglesia y especialmente del papa, cabeza suma de aquélla y representante de Dios sobre la tierra y ante los hombres.

Muerto Jesús, los apóstoles se consideraron los herederos y sucesores de su palabra. Les guiaba e inspiraba la revelación divina, que luego había de ser el fundamento de la autoridad de los

1. RENAN, *Les Apôtres,* pág. 91.

padres de la Iglesia. Entre esos doce apóstoles, Pedro gozaba de cierto primado fraternal [1]. Al predicar en su barca y hacer de su casa el centro donde reunía a sus discípulos, Jesús se lo había reconocido. Lo consideró piedra angular de su Iglesia, y así lo estableció desde el primer momento al llamarle, siendo Simón Barjona el verdadero nombre del apóstol, Cephas, Kepha o Pedro, que significa piedra [2]. « Más yo también te digo que eres Pedro ; y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia ; y las puertas del infierno no prevalecerán contra ella [3]. » Todo lo cual significaba dar a Pedro la jefatura de una Iglesia única e inconmovible a los ataques de sus enemigos. Como precisando y confirmando esa exaltación, Jesús añade a Pedro : « Y a ti te daré las llaves del reino de los rielos ; y todo lo que ligares en la tierra será ligado en los cielos ; y todo lo que desatares en la tierra, será desatado en los cielos [4]. » Después de la pesca milagrosa, para confortarlo y señalarle su misión de supremo catequista, le dice : « No temas ; desde ahora pescarás hombres [5]. » Según el evangelio de San Juan y la tradición eclesiástica, luego de resucitado, Jesús hace a ese especie de lugarteniente primero y sucesor luego, una última recomendación ; « Apacentarás mis ovejas [6]. » Se la repite hasta tres veces, como para encarecer su importancia y fijarla en su memoria. Preestablecido así por el mismo Jesús, después de su muerte se confirma el primado de Pedro, también por su mayor celo y actividad [7]. El humilde pescador viene a ser, en la tradición eclesiástica, el primer papa y verdadero fundador del pontificado.

El principio de autoridad teológica, tan hondamente arraigado

1. RENAN, *Vie de Jésus*, pág. 164.
2. JUAN, I, 42.
3. MATEO, XVI, 18.
4. MATEO. XVI, 19.
5. LUCAS, V, 10.
6. JUAN, XXI, 15-17.
7. *Actas*, I, 15 ; II, 14 y 37; V, 3 y 29 ; *Epíst. a los Gálatas*, I, 18 ; II, 8.

en el espíritu de aquellas gentes sencillas, se transmite al organizar la Iglesia. Establécese espontáneamente una jerarquía eclesiástica, tomada en parte de los hebreos. Ésta se perpetúa y acentúa, no obstante el carácter popular de la agrupación, y quizá por eso mismo. La palabra *ecclesia* era esencialmente democrática; la usaban las antiguas ciudades griegas para convocar al pueblo a reuniones públicas. La Iglesia también se había formado de reuniones públicas. El episcopado era generalmente electivo; provenía de una democracia. Se juntaban así los dos extremos de la elección popular y la autoridad moral en el elegido para obispo. En aquellos tiempos ya el pueblo había perdido su eficacia en la elección de magistrados y su fiscalización. De las mismas libertades municipales, el fisco había hecho gravosísimas servidumbres. Todo lo que quedaba en el mundo antiguo de gobierno libre y popular, aparte de ciertas supervivencias en los municipios, pasó a la organización eclesiástica, que venía a reunir esos dos extremos de la democracia y la autoridad. Pero ahí también, con el andar del tiempo, carente la Iglesia de una aristocracia hereditaria, su gobierno tendía a convertirse, como lo fué hacia el siglo v, en una verdadera oligarquía. Con el continuo incremento del poder papal, esa oligarquía, en los siglos medios, perdido y olvidado su antiguo origen popular, se convertirá en un gobierno hasta cierto punto unipersonal y absoluto.

A los elementos de doctrina y de superioridad política, cultural y tradicional de Roma, hay que agregar, para comprender la pronta supremacía de su Iglesia, también un factor material [1]. Esa Iglesia era extremadamente rica; sus bienes, hábilmente administrados, servían de fondo de socorros y de propaganda a las otras Iglesias. Los confesores condenados a las minas recibían de ella un subsidio. El tesoro común del Cristianismo estaba de algún modo en Roma.

« El primado de la Iglesia de Roma, o sea su supremacía respecto a las demás Iglesias, es un hecho reconocido ya desde el

1. Renan, *Marc-Aurèle et la Fin du Monde antique*, pág. 73.

siglo I. Pero su importancia en esta época, que dista mucho de la que alcanzó más adelante, se limitaba a la conservación de la unidad de doctrina, y Roma no solía intervenir sino cuando aquélla se veía amenazada por desviaciones en la fe o en la disciplina. Por lo demás, las Iglesias particulares gozaban de una gran independencia en cuanto a su régimen y gobierno. Desde el siglo IV el primado de la Iglesia de Roma se fortalece, viniendo a ser reconocida su autoridad como suprema instancia en materias eclesiásticas, merced especialmente a los esfuerzos del papa León I, que, interviniendo en algunos asuntos importantes de carácter eclesiástico que se suscitaron en su época, contribuyó a hacer más universal y patente el reconocimiento de la supremacía del obispo de Roma. Sirvió de auxiliar al referido papa en esta obra el emperador Valentiniano III, dando en el año 445 un edicto en el cual establecía que nada pudiera intentarse en el orden eclesiástico sin la aprobación de la Iglesia de Roma.

« En España evidencian el reconocimiento del primado de la Iglesia romana durante estos primeros siglos, no solamente la apelación de los herejes Marcial y Basilides al papa San Esteban contra los obispos españoles, a mediados del siglo III, y la de los priscilianistas a San Dámaso contra el Concilio de Zaragoza, sino también las relaciones de los prelados de España con este último papa, con San Hilario y San León, y, sobre todo, las decretales pontificias regulando, a instancias y con el consentimiento de esos mismos prelados, la disciplina de la Iglesia española, y los nombramientos de vicarios o legados de la sede apostólica en España hechos por los pontífices [1]. »

La jerarquía eclesiástica. — Instituyóse el sacerdocio, como en todas las religiones, definiéndose así la división primaria entre clérigos y legos. Los clérigos a su vez se dividieron pronto en tres categorías : obispos, presbíteros y diáconos. El obispo era el jefe y guía de la primitiva comunidad cristiana ; la administraba y

1. HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs. 325-326.

gobernaba. Los presbíteros eran los auxiliares del obispo en la administración y gobierno; en los primeros tiempos, faltos de cánones precisos, no era tan marcada como se hizo después la separación de éstos y aquél. Los diáconos auxiliaban a su vez a los presbíteros en el culto, singularmente en la administración del sacramento de la eucaristía, y, cuando eran autorizados por el obispo, también en la del bautismo. Asimismo desempeñaban en los primeros tiempos los oficios menores; cuidaban los accesorios del culto y atendían a los enfermos [1]. Con el incremento de las primitivas comunidades cristianas, hízose necesario distribuir algunas de las funciones de los diáconos entre otros clérigos. De ahí surgió, en la jerarquía eclesiástica, como una nueva orden o grado, la de los subdiáconos. Formaban parte de ella los lectores, encargados de leer a los fieles las Escrituras; los acólitos, que estaban en general a las órdenes de los diáconos; los exorcistas, que tenían a su cargo a los energúmenos o poseídos; y finalmente los ostiarios, que vigilaban las puertas de las iglesias. Había maestros especiales, designados con los nombres de catequistas y doctores. También había un grado eclesiástico particular para las mujeres que auxiliaban a los ministros del culto en determinadas ceremonias, como el bautismo, las cuales eran diaconisas [2].

Las comunidades cristianas elegían a sus obispos, y éstos instituían a los presbíteros y diáconos. Conforme iba creciendo el Cristianismo, se establecía mejor una cierta correspondencia entre las distintas iglesias. Sus respectivos jefes se comunicaban unos con otros, y sus epístolas eran respetuosamente leídas ante los fieles reunidos. Esta correspondencia estableció desde un principio alguna unidad, que se estrechaba por la comunión del peligro ante las persecuciones. Luego es natural que los jefes de las iglesias mayores, establecidas en las ciudades más importantes y cultas, adquirieran poco a poco relativa supremacía sobre las iglesias

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 311-312.
2. *Ibid.*, tomo I, págs. 312-313.

menores. De esas supremacías correspondía la primera al obispo de Roma; su autoridad, universalmente reconocida, lo constituyó en potestad suprema de la Iglesia. Esta potestad, por lógica transformación, acabó después con el sistema originario de las elecciones populares de obispos, instituyéndolos directamente, aunque no sin escuchar las indicaciones necesarias de los fieles de cada comunidad o iglesia. El mapa del Imperio, como hemos dicho, sirvió entonces de pauta a la división de las provincias eclesiásticas.

Desde los orígenes de la Iglesia se encontraron frente a frente dos tendencias contradictorias: la concepción antigua y oriental de una comunidad puramente democrática, *spiritus, ecclesia,* « sacerdocio universal », y la concepción romana y más moderna de la jerarquía eclesiástica. Tan violentas eran las crisis de la Iglesia en el siglo III, que amenazaban su prestigio y aun su existencia de comunidad mundial. El paganismo, por una parte, y las herejías, por otra, propendían a su disolución. Estas circunstancias y estado de cosas llevaron a Calixto y otros prelados romanos, sobre todo a Cipriano, a concebir y patrocinar la idea jerárquica de la Iglesia; hacíase de todo punto indispensable que se obedeciera a los obispos [1]. Dadas las circunstancias, convenía que, en cada caso, consultado al efecto el obispo de Roma, ciudad cabeza de la civilización, aprobase en sus cartas las opiniones y resoluciones de los obispos; esto les daba mayor fuerza moral. Con tal procedimiento, conforme se cimentaba la jerarquía eclesiástica, la autoridad del papa iba creciendo, hasta constituirse más tarde en omnímoda e infalible.

La primitiva Iglesia, en las grandes ciudades, se organizó bajo el sistema episcopal. Extendiéndose luego por las villas y los campos, no fué posible generalizar ese sistema, porque para ello hubiera habido que aumentar indefinidamente el número de obis-

1. HARNACK, *Précis de l'Histoire des Dogmes,* trad. franc. por E. Choisy, págs. 53-54.

pos. De ahí que fuera, en los distritos rurales, el sistema parroquial un culto completo y esencial dirigido por un presbítero. Ya en el siglo v parece muy extendido por Occidente. « La provisión de los cargos parroquiales era atribución del obispo del territorio respectivo ; pero, como muchas de estas iglesias eran construídas a expensas de ricos propietarios territoriales, ello dió ocasión a que desde muy luego designasen estos mismos a los eclesiásticos que habían de estar al frente de tales iglesias ; por cuya razón y verosímilmente, desde mediados del siglo v, aparece el derecho de patronato [1]. »

Los requisitos del clero. — « Numerosas fueron desde los primeros tiempos las incapacidades para ser admitido en las sagradas órdenes, o sea a los diversos grados del ministerio eclesiástico. No podían aspirar a ellos los neófitos, ni los casados por segunda vez, ni los que habían contraído matrimonio con viuda o repudiada, o con persona de condición socialmente indecorosa, ni los que habían incurrido en la penitencia eclesiástica, ni los que se habían mutilado a sí propios. Considerábase como la edad normal u ordinaria para ser obispo los cincuenta años, y, para ser presbítero, los treinta. Más adelante se prohibió conferir las órdenes a los esclavos, a no ser que consintiera en ello el señor, y al efecto les otorgara la libertad. Se prohibió también ser promovido desde luego al episcopado, sin pasar antes por los grados inferiores, y se amenazó con la excomunión a los que abandonasen al estado eclesiástico para secularizarse. Establecióse que los obispos, presbíteros y diáconos perseverasen constantemente al servicio de las iglesias a que primeramente se habían consagrado, a no requerir un tránsito a otra el interés o conveniencia de la misma iglesia.

« De derecho, no fué obligatorio en los primeros tiempos de la Iglesia el celibato eclesiástico ; bien que, después de ordenado, no era lícito a ningún clérigo de los tres primeros órdenes o grados contraer matrimonio, sino sólo a los diáconos, y esto únicamente

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, págs. 318-319.

cuando antes de ordenarse se habían reservado esta facultad ; pero, de hecho, era considerable el número de los clérigos que observaban el celibato, y de entre los continentes solían elegirse preferentemente los diáconos. El concilio de Iliberis preceptuó que los clérigos consagrados al servicio del altar no pudieran ser elegidos nunca entre los que habían contraído matrimonio y preseveraban en él [1]. »

Los bienes y exenciones del clero. — « El sostenimiento de los miembros del clero estaba a cargo de los fieles, los cuales solían hacer con este objeto donativos u oblaciones en los actos del culto. Allegábase a éste otro recurso no menos importante, cual era las propiedades que en concepto de corporaciones autorizadas, o, como se decía entonces, de colegios lícitos, podían adquirir y poseer las comunidades cristianas. Pero, como todo ello no bastara en los primeros tiempos para el mantenimiento decoroso de los ministros del culto, en razón a la pobreza de la mayor parte de tales comunidades, érales a aquéllos necesario vivir de su fortuna particular y aun del trabajo de sus manos, como consigna el concilio de Iliberis.

« El derecho otorgado por Constantino a las comunidades eclesiásticas de aceptar herencias y legados fué causa de que se acrecentaran notablemente los bienes eclesiásticos. En las iglesias episcopales, parte de las rentas las percibía el obispo ; otra parte el resto del clero, y lo restante se destinaba a la conservación y reparación de los edificios eclesiásticos, según consignó respecto a España, de acuerdo con la antigua disciplina de la Iglesia, el Concilio Tarraconense del año 516 (canon 8). En cuanto a las iglesias rurales, la administración de sus bienes correspondía al obispo, el cual tenía derecho además, según el mismo canon del referido Concilio, a una tercera parte de las oblaciones de los fieles [2]. »

Concediéronse al clero ciertas inmunidades. « Constantino eximió a los clérigos de los cargos municipales, y su hijo Constancio le

1. Hinojosa, *op. cit.*, tomo I, pág. 315.
2. *Ibid.*, tomo I, págs. 317-318.

concedió también exención de los impuestos extraordinarios. Mas el hecho de consagrarse muchos al estado eclesiástico, movidos exclusivamente del propósito de librarse de las cargas inherentes a la entrada en las curias, fué causa de que Constantino prohibiese a los curiales dedicarse al estado eclesiástico; a menos, según lo establecido por otros emperadores, de que cumplieran las obligaciones que tenían respecto al Estado, renunciando a todos sus bienes en beneficio de la curia o de alguna de las personas adscriptas a ella [1]. »

La jurisdicción eclesiástica. — San Pablo censuró a los cristianos que sometían la solución de sus litigios a los magistrados, pues que éstos eran paganos [2]. Desde los comienzos del Cristianismo se acostumbraron así los cristianos a someterlos al fallo de sus obispos. Constantino, en una constitución de 321, reconoció validez a las sentencias dictadas por ellos en pleitos que voluntariamente les habían sometido ambas partes. « Diez años después promulgó el mismo emperador otra constitución, estableciendo que fuera suficiente la voluntad manifiesta de una de las partes para que el obispo pudiera entender en el asunto contra la voluntad del otro litigante, aunque la causa se hubiera incoado ya ante los tribunales civiles. Contra las sentencias dictadas de esta suerte por los obispos no se admitía recurso ni apelación de ningún género. Honorio, haciendo extensiva al Imperio de Occidente, en 408, una constitución dada por Arcadio para el Imperio de Oriente diez años antes, derogó las disposiciones de Constantino sobre el particular, privando a los obispos de la jurisdicción en materia civil, y volviendo las cosas al ser y estado en que se encontraban bajo los emperadores paganos. La Iglesia, sin embargo, siguió ejerciendo la jurisdicción en materia civil respecto de los clérigos, como directamente sometidos por razón de su estado a la autoridad eclesiástica. Entre los cánones conciliares encaminados a garantizar

1. *Ibid.*, tomo I, pág. 316.
2. Pablo, *Epístola 1ª a los Corintios*, VI, 1, 4 y 5.

el ejercicio de la jurisdicción episcopal en este punto, es digno de especial mención el noveno del Concilio de Calcedonia (celebrado en 451), que impuso a los clérigos la obligación de someter sus litigios al fallo de sus prelados, los cuales podían delegar esta facultad en árbitros nombrados al efecto. Sólo en el caso de que los obispos no quisieran usar de este derecho, era lícito a los eclesiásticos personarse ante los tribunales civiles. Valentiniano III dió nueva sanción en 452 a las disposiciones dictadas por Arcadio y Honorio, insistiendo muy particularmente en que los obispos no tenían verdadera jurisdicción sino en materias religiosas. La única reforma importante dictada con posterioridad bajo los emperadores romanos en este punto se debió a Mayoriano, el cual restituyó a la Iglesia las amplias facultades que le había concedido el primer emperador cristiano [1]. »

« De la observancia de las constituciones imperiales relativas a la jurisdicción eclesiástica en la España cristiana, nos ofrecen elocuente muestra los cánones del Concilio Toledano I, celebrado en tiempo de los emperadores Arcadio y Honorio. En efecto, el canon 11 del mencionado Concilio consigna terminantemente el principio de la jurisdicción episcopal en materia civil para salvaguardar los intereses de los eclesiásticos y de los pobres contra los atentados de los poderosos [2]. »

§ 37

FUENTES Y CONTENIDO DEL DERECHO CANÓNICO

Dado el origen evangélico y popular de la Iglesia, las primeras fuentes de su derecho, del derecho canónico, no pueden ser otras que las Escrituras y la tradición eclesiástica. En punto a las Escrituras, divulgáronse tantas, que la Iglesia ha tenido forzosamen-

1. *Ibid.*, tomo I, págs. 323-324.
2. *Ibid.*, tomo I, págs. 324-325.

te que expurgarlas, separando unas pocas que reputa auténticas, de otras muchas que tacha de apócrifas; pero esto ha sido sólo posteriormente, en una elaboración prolija y de siglos.

La tradición oral era naturalmente más abundante, en aquellos milagreros tiempos de efervescencia religiosa. Por eso la Iglesia, con toda prudencia, no la ha aceptado sino en la parte contenida en sus padres y doctores. Sobre la calificación de ellos se hacen distinciones y categorías perfectamente definidas. Los *padres de la Iglesia* son sólo aquéllos escritores de mayor autoridad, por su antigüedad, su doctrina y sus virtudes; propiamente no se da ese título más que a los del período de formación de la comunidad cristiana, es decir, hasta el siglo VII. Aun se distingue especialmente entre ellos a los discípulos inmediatos de los apóstoles, llamados los *padres apostólicos,* quienes, por la fuente de sus conocimientos, han merecido máxima atención en el derecho canónico.

Entre los padres de la Iglesia y los grandes teólogos, algunos recibieron el dictado de *doctores de la Iglesia,* por la profundidad de su ciencia religiosa. Durante el período que nos ocupa, fueron ellos cuatro en la Iglesia de Occidente: San Ambrosio, San Jerónimo, San Agustín y San Gregorio Magno; y otros tantos en la de Oriente: San Atanasio, San Basilio, San Gregorio Nacianceno y San Juan Crisóstomo. Puede decirse que ellos dejaron ya definitivamente establecida la doctrina, a punto de que los posteriores, aun el mismo Santo Tomás, no han hecho más que desarrollar sus ideas fundamentales.

Aparte de esos astros de primera magnitud, la Iglesia cuenta numerosos *scriptores ecclesiastici* de menos importancia; pero que sin duda han contribuído grandemente a la propagación de su doctrina. Sin aprobar la totalidad de su obra, la Iglesia les reconoce a cada cual su autoridad parcial y relativa [1].

La necesidad de consultar al obispo de Roma o papa para que fijase los puntos dudosos de la doctrina y los ritos, trajo la cos-

1. TARDIF, *Histoire du Droit canonique,* págs. 1-2.

tumbre de las epístolas pontificias, como fuentes inexcusables del primitivo derecho canónico. « Además de las grandes cuestiones de fe, de comunión y de disciplina, que exigían la intervención de los papas en los asuntos religiosos de todo el Imperio, así de Oriente como de Occidente, los jefes de la Iglesia eran consultados incesantemente por los obispos de los países latinos acerca de las reglas que habían de seguir en la admisión al bautismo o a las órdenes, y sobre la conducta que debían de observar respecto de los penitentes, de los herejes, de las jurisdicciones seculares, acerca de los usos litúrgicos, etc. Sucedía a veces que los papas contestaban al mismo tiempo a varias cuestiones ; entonces dividían sus epístolas en capítulos, análogos en la forma y extensión a los cánones de los concilios ; y esto es lo que se llamaba una *epístola decretal*. A las Iglesias de los países distantes de Roma, como España, la Galia, Africa y la Italia del Norte, estas decretales eran enviadas las más veces a instancia de los obispos. Encuéntranse en ellas, en primer término, reglas que los papas presentan como absolutamente obligatorias y cuya negligencia es a sus ojos una falta más o menos grave, relativas a cuestiones de disciplina general, como el celibato eclesiástico, los casos de indignidad para la admisión a las órdenes, etc. Otras veces se limitan a indicar el uso o práctica que ellos mismos siguen, sin obligar a los obispos a conformarse con él, pudiendo subsistir sin inconveniente la diversidad de un país a otro. Estas decretales eran acogidas ordinariamente con el mayor respeto, no sólo por aquéllos que las habían solicitado, sino en general por todos los obispos cuidadores de sus deberes a quienes eran comunicadas. Dióseles cabida bien pronto en los *libri canonum*, en los cuales gozaron de la misma autoridad que los cánones de los concilios. Eran, por lo demás, más apropiadas a las necesidades especiales de las Iglesias latinas que los reglamentos de los sínodos orientales, particulares o ecuménicos [1]. »

1. DUCHESNE, *Le Liber Pontificalis*, tomo I, París, 1885, VI, 70, págs. CXXVIII-CXXIX. Citado por HINOJOSA, *op. cit.*, tomo I, págs 195-196.

Las epístolas pontificias relativas a España en el período que tratamos son : la de Siricio a Himerio, obispo de Tarragona, de 385 ; la de Inocencio I, dirigida a los obispos reunidos en el concilio de Toledo de 404 ; la de Zósimo, a los obispos de las Galias y España, de 417 ; otra de Zósimo, del mismo año 417, dirigida *a pari* a los obispos de África, las Galias, las Siete Provincias y España ; la de León I a Toribio, obispo de Astorga, de 447 ; la de Hilario a Ascanio y demás obispos de la Tarraconense, de 465 ; la de Hilario al mismo obispo de Tarragona, Ascanio, de 465 ; la de Simplicio a Zenón, obispo de Sevilla (años 468-483) ; la de Félix II al mismo prelado (483-492) [1]. Los asuntos de esas epístolas pontificias se refieren a cuestiones de disciplina eclesiástica, a resolver conflictos de jurisdicción episcopal y a la extirpación de las herejías arriana y prisciliana. La más importante es la primera ; compónenla quince capítulos, y, en una cláusula final, el pontífice hace constar la supremacía de la Iglesia romana respecto a las Iglesias nacionales.

Las consultas e intercambio de opiniones canónicas entre los obispos eran frecuentísimos. De ahí nacieron los *concilios,* asambleas de prelados y teólogos. Los obispos reunidos venían a formar un poder, en su origen igual o mayor al del papa, cuyo gobierno universal puede decirse que no se definió claramente hasta después de la caída del Imperio Romano de Occidente.

Fuente más genuina y mucho más copiosa del derecho canónico que las epístolas pontificias fueron, pues, los cánones establecidos por los concilios y llamados por eso *conciliares.* Los concilios eran de dos clases : ecuménicos o generales, de toda la Iglesia, y provinciales o particulares. Los de una determinada provincia eclesiástica. Los concilios generales o ecuménicos reunidos antes de la caída del Imperio Romano de Occidente fueron : el de Nicea, en 325 ; el de Constantinopla, en 381 ; el de Efeso, en 431 ; el de Calcedonia, en 451. Todos ellos tuvieron lugar en Oriente.

1. Hinojosa, *op. cit.,* tomo I, págs. 197-200.

En España se reunieron, durante este período, tres concilios que pueden considerarse nacionales : el de Elvira o de Iliberis *(concilium Illiberitanum)*, en 306 ; el de Zaragoza *(Césaeraugustanum)*, en 380, y el de Toledo, en 400.

De estos concilios nacionales de España, tiene singular importancia y significación histórica el primero, el Iliberitano. Fijánse en él principios fundamentales de culto y disciplina. Se demarca claramente la jerarquía eclesiástica, distinguiéndose ante todo los legos (bautizados y catacúmenos) y los clérigos (obispos, presbíteros y diáconos). Como en las épocas de persecución la Iglesia carecía de rentas para mantener a sus ministros y familias, no bastando a ello las oblaciones de los fieles, el Concilio de Iliberis permitió a los clérigos que atendieran a sus necesidades por medio del comercio o el trabajo manual. Regularizando el tráfico, dispuso (canon 19) que no sólo los presbíteros y diáconos, sino aun los obispos tenían facultad para negociar dentro de su respectiva provincia. Aconsejábales, sin sanción penal, que al efecto se valiesen de sus hijos, o bien de algún liberto, criado o amigo. Encareció la continencia del clero, prohibiendo el matrimonio, no precisamente a los clérigos superiores, sino a todos los « que estuviesen de servicio » *(vel omnibus clericis positis in ministerio*, canon 33) [1].

Nótase ya en los cánones sancionados por el Concilio de Iliberis la tendencia rigorista y casuística que, fiel trasunto del carácter de raza, iba a ser luego típica del catolicismo español. Abre esa asamblea, al par que la serie de los concilios españoles, la de los cánones penitenciales, distinguiéndose por la dureza de las penas. Parece que negaba a algunos pecadores toda comunicación con los fieles, aun en el fin de la vida, o bien, según otras opiniones, sólo la comunión eucarística, concediéndoles *in extremis* la absolución y la penitencia sacramental. Sea esto o aquello, indiscutible es que « el Concilio de Iliberis se mostró inexorable y aplicó fuer-

1. Véase V. de la Fuente, *Historia eclesiástica de España*, tomo I, págs. 159-179.

tes correctivos a todos los vicios de que adolecía la sociedad latina. El adulterio, la prostitución, el lenocinio, la incontinencia en todas las formas en que se revestía en aquellos pueblos decrépitos, la avaricia del usurero, los excesos de la ira femenil en el castigo de las esclavas, las impurezas del circo y del teatro, la calumnia que deslizaba sus libelos hasta en las iglesias, la plaga de los delatores y de los testigos falsos, cortejo inevitable de un gobierno confiscador y unos jueces prevaricadores, todas las formas de que entonces se revestía el pecado, fueron objeto de nuestros severos cánones penitenciales del siglo III, cuando estaba á punto de levantarse sobre los fieles la espada de Daciano [1]. »

Por la ocasión que lo reunía y el número de asistentes, el más señalado de los concilios españoles de la época fué el último, que tuvo lugar en Toledo en el año 400. Su fin fué extirpar la herejía de Prisciliano, el priscilianismo, que había tomado cierto auge y consistencia en España, amagando a su Iglesia con un cisma [2].

Al terminar el período que nos ocupa, el derecho canónico, cuyas primeras fuentes fueron las Escrituras, la tradición y los padres de la Iglesia, se había ya concretado en un abundante conjunto de cánones conciliares y algunos pontificios. Los primeros tenían una autoridad más marcadamente general y jurídica, aunque tampoco carecían de ella los segundos. Constituían todos un cuerpo registrado en libros especiales, donde hallaban solución las principales dificultades y dudas. La Iglesia católica se jacta de la unidad e invariabilidad de su doctrina; se dice que « no cambia jamás ». Y es efectivamente cierto que esa doctrina se ha diseñado ya desde los primeros padres de la Iglesia, y habiéndose mantenido incólume hasta el presente. No ha sufrido en realidad más que la transformación indispensable del período primitivo, que hizo del Cristianismo puro, religión popular, idealista, revolucionaria y sin fines francamente políticos, una religión en cierto modo aristo-

1. Pérez Pujol, *op. cit.*, tomo I, págs. 421-422.

2. Véase Menéndez y Pelayo, *op. cit.*, tomo I, págs. 100-108.

crática, positiva, conservadora y con cierta tendencia a un imposible imperialismo universal.

El derecho canónico se define más típicamente por su origen eclesiástico que por su contenido. Divídese en *público,* que atañe a toda la Iglesia, y *privado,* relativo a los individuos. En la época romana, el contenido del derecho canónico es preferentemente público, pues que se refiere a la organización de la Iglesia, el dogma, la disciplina, la liturgia.

FIN DEL TOMO I

ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO

INTRODUCCIÓN GENERAL

LA HISTORIA DEL DERECHO ARGENTINO

LIBRO I

EL DERECHO INDÍGENA

INTRODUCCIÓN

FUENTES DE INFORMACIÓN Y CUESTIONES DE NOMENCLATURA

SECCIÓN I

EL DERECHO PRIVADO

CAPÍTULO I

EL DERECHO PRIVADO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS RIOPLATENSES

CAPÍTULO II

EL DERECHO PRIVADO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL INTERIOR Y EL NORTE

CAPÍTULO III

EL DERECHO PRIVADO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL SUR

SECCIÓN II

EL DERECHO PÚBLICO

CAPÍTULO IV

EL DERECHO PÚBLICO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS RÍOPLATENSES

CAPÍTULO V

EL DERECHO PÚBLICO EN LOS DEMÁS PUEBLOS INDÍGENAS

LIBRO II

EL DERECHO ESPAÑOL

INTRODUCCIÓN

IMPORTANCIA, BIBLIOGRAFÍA Y DIVISIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

SECCIÓN I

TIEMPOS PRIMITIVOS

CAPÍTULO I

ÉPOCA PRIMITIVA

CAPÍTULO II

LAS COLONIAS FENICIAS, GRIEGAS Y CARTAGINESAS

SECCIÓN II

ÉPOCA ROMANA

CAPÍTULO III

EL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO IV

EL DERECHO ROMANO


CHIVERS PATENT BINDING